Die Ersitzungserfordernisse Titulus und Bona Fides in bezug auf ihre geschichtliche Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Friedrich Fischer

Referendar.

Breslau 1911.

Druck von Otto Gutsmann, Schuhbrücke 32.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Seite

§ 1. Allgemeines über die Ersitzung 1
§ 2. Begründung der zeitlichen und stofflichen Anordnung der Darstellung 3

Kapitel 1.

Bestimmung von Begriff und Wesen der beiden Ersitzungserfordernisse Titel und guter Glaube für das Justinianische Recht.

A. Der Titel.

§ 3. Der Titel besteht in Vorgängen, die geeignet sind, den Eigentumserwerb zu rechtfertigen. 4
§ 4. In der Regel ist er rein objektives Erfordernis. Der Putativtitel ist nur in Ausnahmefällen zugelassen 6

B. Die Bona Fides.

§ 5. Die Bona Fides stellt sich dar als ein negativer Zustand des Bewußtseins, sich beziehend auf den Mangel des Erwerbsaktes, der den sofortigen Eigentumserwerb hindert 10
§ 6. Sie ist ein rein subjektives Erfordernis und bedarf keiner objektiven Grundlage 18
§ 7. In der Regel braucht sie nur im Moment des Besitzerwerbs vorhanden zu sein: Mala Fides superveniens non nocet . . 26

Kapitel 2.

Die Rechtsentwicklung vor Justinian.

§ 8. Die direkten Überlieferungen geben keinen Aufschluß über die beiden Ersitzungserfordernisse in jener Zeit. Dagegen sind Schlüsse zu ziehen aus der mutmaßlichen Entstehung der Ersitzung 28
§ 9. Der Titel weist im zweiten Jahrhundert n. Chr. insofern eine bedeutende Abweichung auf, als der Putativtitel zeitweise unbeschränkt zugelassen wird. 32
§ 10. Für die Bona Fides ergeben sich nur unbedeutende Schwankungen in nebensächlichen Momenten 35

Kapitel 3.

Das kanonische und gemeine Recht.

Seite

§ 11. Das kanonische Recht macht die Bona Fides zu einem Erfordernis der gesamten Ersitzungszeit: Mala Fides superveniens nocet . 36

§ 12. Als gemeines Recht wird das Justinianische Recht in Deutschland rezipiert, lediglich abgeändert durch die genannte Bestimmung des kanonischen Rechts 39

Kapitel 4.

Die Partikulargesetzgebungen.

I. Das ALR. weicht vom bisherigen Rechte in folgenden Punkten ab:

§ 13. Es gelten nach ihm als Titel Vorgänge, die geeignet sind, an sich Eigentum zu verschaffen. Es erkennt keinen Putativtitel an 42

§ 14. Für den guten Glauben fordert es Objektivität, jedoch nur für den Augenblick des Besitzerwerbs 46

II. Das österreichische BGB.

§ 15. Es kehrt bezüglich der Begriffsbestimmung des Titels zum Römischen Recht zurück, läßt aber wie das ALR. keinen Putativtitel zu 50

§ 16. Der gute Glaube muß sich nach ihm darstellen als eine positive Überzeugung von der Abwesenheit des Mangels des Erwerbsaktes, der den Eigentumserwerb hindert. Diese Überzeugung muß objektiv entschuldbar sein. Auch für die nachfolgende Bona Fides besteht keine Erleichterung dieser Anforderungen 51

III. Das sächsische BGB.

§ 17. Es weicht vom österreichischen BGB. nur insofern ab, als es wieder zu der Bestimmung des guten Glaubens als einem negativen Zustande des Bewußtseins zurückkehrt 54

Kapitel 5.

Das heutige Recht.

§ 18. Das BGB. sieht von dem Erfordernis eines Titels vollständig ab 56

§ 19. Betreffs des Begriffs des guten Glaubens steht das BGB. auf dem bisherigen Standpunkt. Es fordert jedoch nur eine geringe Objektivität und erläßt auch diese für den nachfolgenden guten Glauben 58

Schluß.

§ 20. Systematischer Überblick über die festgestellten Schwankungen 65

Literaturverzeichnis.

Adler, Die Wirkungen des Rechtsirrtums mit einem Exkurs über den Ersitzungstitel. In Jherings Jahrb. für die Dogmatik. 33. Bd. Jena 1894.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren Deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl. Stuttgart 1874.

Baron, Abhandlungen aus dem Preußischen Recht. Berlin 1860.

Benz, Begriff der bona fides in der Römischen Usukapionslehre. Berner Diss. Bern 1888.

Bernhöft, Titulus iustus und titulus putativus im Justinianischen Recht. Greifswalder Diss. Greifswald 1873.

— Der Besitztitel im Römischen Recht. Halle 1875.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Zivilrechts. Bd. 2 u. 3. Berlin 1834.

Borscht, Ersitzung beweglicher Sachen nach bürgerlichem Recht. Würzburger Diss. Leipzig 1908.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1, 2. Aufl. Erlangen 1873.

Bruns, Fontes iuris Romani antiqui. 1. Teil, 7. Aufl. Tübingen 1909.

— Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Berlin 1872.

— Zur Lehre von der bona fides bei der Verjährung. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 57. Heidelberg 1874.

Brunner, Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl. Leipzig 1908.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1901.

Burckhard, Über den Begriff und Beweis der bona fides bei der Eigentumsersitzung. Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 21. Gießen 1864.

Burckhard, System des Österreichischen Privatrechts. 3. Teil. Wien 1885.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 3. Aufl. Jena 1900.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Bd. Tübingen 1905.

Dernburg, Pandekten. 1. Bd., 7. Aufl. Berlin 1902.

— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 1. Bd., 5. Aufl. Halle 1894.

— Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Halle 1904.

Entscheidungen des Obertribunals. Bd. 6.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 8. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Bd., 2. Aufl. Marburg 1901.

Fitting, Über das Wesen des Titels bei der Ersitzung. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 51 u. 52. Heidelberg 1868 u. 1869.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 3. Bd., 6. Aufl. Berlin 1892.

v. Gerber, System des Preußischen Privatrechts. 17. Aufl. Jena 1895.

Gierke, Deutsches Privatrecht (in Bindings Handbuch). II. Bd. Leipzig 1905.

Großmann, Die Ersitzung des Eigentums beweglicher Sachen nach neuem Deutschem bürgerlichem Recht. Leipziger Diss. Leipzig 1904.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts durch Theorie und Praxis. Bd. 7 u. 8.

Grützmann, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts. 1. Bd. Leipzig 1887.

Hachenburg, Das bürgerliche Recht für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896 bis 1897. Mannheim 1898.

Haemeaux, Die usucapio und longi temporis praescriptio. Gießen 1835.

Hesse, Über die bona fides bei der Ersitzung. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 57. Heidelberg 1874.

Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. II. Bd. Leipzig 1886.

Hildenbrand, Geschichte der Bestimmungen des kanonischen Rechts über die bona fides bei der Ersitzung und Klagenverjährung. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 36. Heidelberg 1853.

Horn, Die bona fides bei der Klagenverjährung nach kanonischem und gemeinem Recht. Berliner Diss. Berlin 1899.

Jonas, Begriff und Bedeutung der bona fides bei der Ersitzung und Klagenverjährung. Erlanger Diss. Kiel 1897.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig 1901.

Keller, Pandekten. I. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1866.

v. Kirchstetter, Kommentar zum Österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. Leipzig und Wien 1894.

Klein, Sachbesitz und Ersitzung. Berlin 1891.

Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten mit Kommentar in Anmerkungen. 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1894.

Krainz, System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. Bd., 4. Aufl. Wien 1905.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil. Berlin 1899.

Leonhard, Institutionen des Römischen Rechts. Leipzig 1894.

— in Pauly-Wissowas Real-Encyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften (bona fides). 3. Bd. Stuttgart 1899.

— Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts: Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. II. Teil: Irrtumsfälle in den römischen Rechtsquellen. 2. Aufl. Breslau 1907.

Lessing, Die Ersitzung des Eigentums nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Sächsisches Archiv. Bd. VI, Heft 10. Leipzig 1896.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 4. Aufl. Berlin 1900.

Mayer, Die iusta causa bei Tradition und Usucapion. Erlangen 1871.

Meischeider, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1889.

Meyer, Entwerung und Eigentum im Deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.

Moellenthiel, Über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. Erlangen 1820.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III. Sachenrecht. Berlin, Leipzig 1888.

Pachmann, Die Verjährung nach dem Allgemeinen bürgerlichen Rechte in Österreich. Wien 1833.

Pernice, M. Antistius Labeo. Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. II. Bd. Halle 1878.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III, 3. Aufl. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung. 3. Buch, Bd. I.

Puchta, Pandekten. I. Bd., 11. Aufl. Leipzig 1872.

— Vorlesungen über das heutige Römische Recht. I. Bd., 6. Aufl. Leipzig 1873.

— Kursus der Institutionen. 2. Bd., 1. Hälfte. Leipzig 1884.

Randa, Das Eigentumsrecht nach Österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher.

Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der 1. Lesung. Bd. 1. Berlin 1894.

Reich, Die Entwicklung der kanonischen Verjährungslehre von Gratian bis Johannes Andreä. Berliner Diss. Berlin 1880.

Reinhardt, Die Usucapio und Praesciptio des Römischen Rechts. Stuttgart 1832.

Regelsberger, Über das Wesen der bona fides im allgemeinen und über die Entschuldbarkeit des Irrtums bei der außerordentlichen Eigentumsersitzung insbesondere. Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Neue Folge, Bd. 9. Darmstadt und Leipzig 1872.

v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten. 1. Bd., 7. Aufl. Berlin 1885.

v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. III. Berlin 1840.

Schäfer, Die Ersitzung des Eigentums beweglicher Sachen. Leipziger Diss. Leipzig 1904.

v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Bd. II. Erlangen 1854.

Schirmer, Grundidee der Usucapion. Berlin 1855.

— Zur Lehre von der bona fides und dem iustus titulus. Zeitschrift für Zivilrecht und -prozeß. Neue Folge. Bd. 15 und 16. Gießen 1858/59.

Siebenhaar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. 1. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1869.

Simon und Strampff, Materialien des Allgemeinen Landrechts zu den Lehren von Gewahrsam und Besitz und von der Verjährung. Bd. 3. Berlin 1836.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868.

— Anleitung zum Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Leipzig 1864.

Stahmer, Der gute Glaube bei der Eigentumsersitzung nach Römischen und gemeinem Rechte, sowie nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Rostocker Diss. Blankenese 1903.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Bd., 5./6. Aufl. München 1910.

Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre. Heidelberg 1852.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Bd., bearbeitet von Lehmann, 3. Aufl. Berlin 1896.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Bd., 3. Aufl. Berlin 1904.

v. Stubenrauch, Kommentar zum Österreichischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Wien 1884.

Unger, Das Wesen der bonae fidei possessio nach Österreichischem Recht. Österreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft. I. Bd. Wien 1858.

— System des Österreichischen allgemeinen Privatrechts. 2. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1863.

Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. II. Aufl. Bearbeitet von Schirmer. Bd. I und II. Leipzig 1858.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. I. Bd., 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863.

v. Wächter, Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums. Leipzig 1871.

Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus. Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart. 31. Bd. Wien 1904.

— Vertrauen auf äußere Tatbestände. Wien 1906.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd., 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Zachariae v. Liegenthal, Handbuch des Französischen Zivilrechts. Bearbeitet von Crome. 8. Aufl., 1. Bd. Freiburg i. B. 1894.

Zrodlowski, Untersuchungen aus dem Österreichischen Zivilrecht mit Berücksichtigung des Römischen Rechts und der neueren Gesetzbücher. Prag 1872.

Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III. Berlin 1890.

§ 1.

Die Ersitzung ist eine Erwerbsart des Eigentums; jedoch ist dies nur ihre Hauptfunktion, daneben hat sie, zeitweise in größerem Umfange, den Erwerb anderer dinglicher Rechte, wie Servituten etc., vermittelt, und auch heute noch ist im BGB. eine Ersitzung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen anerkannt. Jedoch sind diese Ersitzungsarten neben der Eigentumsersitzung stets an Bedeutung stark zurückgeblieben. Unter den Eigentumserwerbsarten nimmt die Ersitzung eine ganz besondere Stellung ein. Alle anderen Erwerbsarten sind verknüpft mit einem äußeren erkennbaren Akt. Mag man denken an derivativen oder originären Erwerb, an Erwerb unter Lebenden oder von Todes wegen, stets ist der Moment des Überganges oder der Entstehung des Eigentums für die Beteiligten wie die Außenstehenden gekennzeichnet durch einen äußeren Vorgang. Eine Ausnahme macht die Ersitzung. Sie knüpft den Eigentumserwerb nicht an einen Vorgang, sondern vielmehr an die Fortdauer eines Zustandes durch eine bestimmte Frist: usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, so erklärt sie kurz Modestinus, D. 41, 3 l. 3. Sie macht also denjenigen, der eine Sache eine bestimmte Zeit besessen hat, zum Eigentümer derselben. Damit haben wir zwei Erfordernisse der Ersitzung erkannt: Besitz und Zeitablauf. Daß es aber nicht die einzigen sein können, springt sofort ins Auge; denn wie ist es möglich, daß jeder Besitzer, wenn man auch den Begriff auf den juristischen Besitz des Römischen Rechts beschränkt, durch den Zeitablauf Eigentümer wird.

Es ist doch undenkbar, daß z. B. der Pfandgläubiger nach einem Jahre das Eigentum des Pfandes erwerben soll. Es werden also unbedingt stets noch andere Umstände vorliegen müssen, die jenen stillen Eigentumserwerb rechtfertigen. Noch drei Erfordernisse der Ersitzung werden genannt. Das erste besteht darin, daß die betreffende Sache zur Ersitzung geeignet (habilis) sein muß. Aber darin, daß eine Sache überhaupt als geeignet zur Ersitzung bezeichnet wird, ist noch nicht eine Rechtfertigung des Eigentumserwerbs zu sehen. Eine solche müssen wir also von den beiden übrig bleibenden Erfordernissen erwarten, und das sind guter Glaube und Titel. Sie sind der Gegenstand dieser Abhandlung, und zwar ist nicht die Feststellung ihres Begriffs und Wesens für ein bestimmtes Recht gefordert, sondern die Schwankungen, die sie in der gesamten Rechtsentwicklung durchgemacht haben, sollen dargestellt werden.

Es ist daher zunächst festzustellen, wann uns die Ersitzung zum ersten Male in der Entwicklung derjenigen Rechte entgegentritt, welche Einfluß auf unser geltendes Recht geübt haben. Das ist der Fall im Römischen Recht, und zwar ist sie verbürgt für die 12-Tafel-Gesetzgebung durch den von Cicero (top. 4, 23) überlieferten Satz: usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus; doch ist die Annahme, daß das Institut noch bedeutend älter sei, unbestritten. Das spätere Römische Recht hat es sich dann angelegen sein lassen, die Ersitzung bis in alle Einzelheiten hinein auszubilden. Dem älteren Deutschen Recht dagegen ist die Ersitzung unbekannt. Zwar war im Mittelalter die Rechtsentwicklung offenbar auf dem Wege, aus der Verschweigung in Verbindung mit der rechten Gewere ein der Ersitzung entsprechendes Institut hervorzubringen; aber diese Entwicklung brach naturgemäß ab, als mit der Rezeption des Römischen Rechts auch seine vollendet ausgestaltete Ersitzung in Deutschland Geltung erlangte. Daher gehen auch die neueren Rechte in ihren Bestimmungen über die Ersitzung auf das Römische Recht zurück.

§ 2.

Das Natürlichste scheint es nun zu sein, die Ersitzung von ihrem ersten Auftreten an zu verfolgen und die Schwankungen, welche die Rechtserheblichkeit von gutem Glauben und Titel durchgemacht haben, jeweils zu konstatieren. Zweckmäßig wäre dieses Verfahren aber keineswegs; denn für die 12 Tafeln steht zwar die Geltung der Ersitzung nach dem genannten Satze fest, derselbe enthält aber keine ausdrückliche Bestimmung über jene beiden Erfordernisse, und sonst sind uns nur einige Bestimmungen über res inhabiles überliefert. Dasselbe gilt von einigen leges der republikanischen Zeit. Die erste ausführlichere, selbständige Darstellung geben die Institutionen des Gaius aus dem zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit. Einen vollen Überblick über alle Einzelheiten aber, gerade auch bezüglich der Erfordernisse guter Glaube und Titel, gewährt erst die Kompilation Justinians. Es wird daher zweckmäßig sein, Begriff und Wesen der beiden Ersitzungserfordernisse zunächst für das Justinianische Recht festzulegen, welches uns ein genügendes Quellenmaterial für die präzise Bestimmung bietet. Dann wird es möglich sein, aus den Fragmenten der Werke der älteren Juristen und auf Grund anderer Anhaltspunkte, die vielleicht Zweck und Entstehung der Ersitzung bieten, sicherere Schlüsse für die Zeit vor Justinian zu ziehen und etwaige Schwankungen der Rechtsentwicklung zu konstatieren. Andererseits fußt, wie schon angedeutet, die Ersitzungslehre des kanonischen, gemeinen und neueren Rechts auf der Kompilation Justinians, so daß dieselbe auch als Ausgangspunkt für die Feststellung der Veränderungen, welche guter Glaube und Titel in diesen Rechten durchgemacht haben, äußerst geeignet erscheint.

Der Ausdruck titulus = Aufschrift deutet darauf hin, daß dieses Erfordernis ein nach außen hin jedermann erkennbares ist, während das Wort fides Treue, Glauben schließen läßt, daß wir es hier mit einem subjektiven, naturgemäß nach außen nicht hervortretenden Zustande der Erkenntnis einer Person zu tun haben. Ein solcher kann juristisch nur in bezug auf einen objektiven Tatbestand von Bedeutung sein,

und diesen wird man in dem Titel suchen. Daher scheint es geboten, die Behandlung des Titels der des guten Glaubens vorauszuschicken.

§ 3.

Eine einheitliche Definition des Titels sucht man im Justinianischen Recht vergebens. Wie aus den Worten: iusto titulo possessionis iusta detentio (C. 7, 31 lex una § 3) hervorgeht, bezieht er sich auf den Besitz, der durch seine Dauer zur Ersitzung führt. Es muß für diesen Besitz eine justa causa vorliegen, um demselben jene Kraft zu verleihen. In den Institutionen werden beispielsweise solche justae causae angeführt: qui rem emerit vel ex donatione aliave iusta causa acceperit . . . Schon daraus geht also hervor, daß das, was man mit dem Ausdruck Titel bezeichnet, kein einheitlicher fester Tatbestand ist, sondern daß unter dem Titel als Sammelnamen die verschiedensten Vorgänge zusammengefaßt sind, und zwar vor allem solche, „die zu den regelmäßigen Formen des Verkehrs gehören“ [1]). In den Digesten und im Codex sind diese verschiedenen Vorgänge, die alle einen Titel abgeben können und daher auch jeder für sich schlechtweg als Titel bezeichnet werden, kasuistisch aufgeführt und für jeden die Erfordernisse festgestellt. Doch ist die Aufzählung nicht erschöpfend, da in einem titulus pro suo eine Reihe von nicht besonders benannten justae causae usucapionis zusammengefaßt sind [2]).

Als allen Titeln gemeinsam ist nun festzustellen, daß nie die bloße Übergabe einer Sache oder die einseitige Besitzergreifung allein einen Titel für die Ersitzung abgeben. Es sind vielmehr stets noch besondere Tatsachen und Vorgänge erforderlich, welche den Erwerb des Besitzes motivieren. Als solche causae werden für derivativen Besitzerwerb genannt: z. B. Kauf, Zahlung, Schenkung etc., für originären z. B. die Dereliktion. Daß in diesen Fällen das Eigentum nicht sofort übergeht, liegt bei derivativem Erwerb stets daran, daß der

[1]) Leonhard, Institutionen, S. 306.
[2]) Fitting, Bd. 51, S. 8.

Veräußerer nicht Eigentümer war, also auch kein Eigentum auf den Erwerber übertragen konnte, bei originärem Erwerb daran, daß aus einem in der Sache liegenden Grunde der Eigentumserwerb nicht vor sich gehen konnte. Jener Grund ist nach den verschiedenen Arten des originären Erwerbs sehr verschieden. Für die Okkupation besteht er darin, daß die als herrenlos okkupierte Sache vom Nichteigentümer derelinquiert worden ist, also in Wirklichkeit nicht herrenlos ist; für den Fruchterwerb darin, daß die Muttersache eine res furtiva ist.

Man hat nun den Titel definiert als Vorgänge, die geeignet sind, an sich, d. h. abgesehen von dem mangelnden Rechte des Veräußerers, das Eigentum zu verschaffen[1]). Diese Bestimmung mag für einzelne Titel richtig sein, für den Titel in der Gesamtheit trifft sie nicht zu. Zur Eigentumsübertragung war nach Justinianischem Recht nicht unbedingt ein gültiges Veräußerungsgeschäft nötig. Wie aus D. 41, 1 l. 36 und anderen Stellen hervorgeht, genügte die Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber, daß das Eigentum übergehen solle, trotzdem wegen Dissensus kein Veräußerungsgeschäft zustande gekommen ist[2]). Allerdings finden sich auch noch Stellen, die auch für den sofortigen Eigentumsübergang eine justa causa traditionis fordern; aber diese Ansicht, die vor Justinian unbedingt die herrschende war, ist für die Kodifikation Justinians nicht mehr maßgebend. Für die Ersitzung aber wird in der Regel bei derivativem Besitzerwerb das Vorliegen eines wirksamen, materiellen Veräußerungs- und Erwerbsgrundes des Besitzers gefordert. Andererseits ging beim Kauf das Eigentum erst mit der Zahlung des Kaufpreises über[3]). Es ist aber nirgends ausgesprochen, daß die Ersitzung erst mit der Zahlung des Kaufpreises beginne. Dagegen ist für die der Ersitzung so nahe stehende Publiciana ausdrücklich bestimmt, daß es für sie auf die Zahlung des Kaufpreises nicht ankomme. D. 6, 2 l. 8. Man wird also die angegebene

[1]) Fitting, Bd. 52, S. 388; z. B. Unterholzner, Bd. 1, S. 348.
[2]) Fitting, Bd. 52, S. 419.
[3]) v. Scheurl, S. 65; Stintzing, S. 110.

Definition dahin korrigieren müssen, daß einen titulus usucapionis solche Vorgänge bilden, die den Erwerb des Eigentumsbesitzes rechtfertigen[1]).

§ 4.

Im einzelnen ist es, wie schon erwähnt, streitig, wann bei einzelnen Titeln die Ersitzung zuzulassen ist. Genannt seien insbesondere die Titel pro herede, pro legato und pro soluto. Zum Beispiel erklären die einen, daß beim titulus pro soluto nur die Tatsache einer Zahlung vorzuliegen brauche[2]), wozu nur gehören würde, daß Veräußerer und Erwerber an eine zu tilgende Schuld glauben, während andere das wirkliche Vorhandensein der Schuld und somit die Gültigkeit des Begründungsaktes derselben fordern[3]) und die obigen Tatsachen nur für ausreichend zur Begründung eines Putativtitels ansehen.

Eine Entscheidung dieser Streitfrage soll hier nicht gefällt werden, da sie nicht von Interesse für diese Arbeit ist. Jedoch ist damit zugleich die Frage berührt, ob die Vorgänge, die den Titel ausmachen, tatsächlich und auch rechtlich wirksam existieren müssen oder ob es genügt, daß jene Vorgänge überhaupt nur in der Einbildung des Erwerbers zu existieren brauchen, oder wenn sie zwar tatsächlich vor sich gegangen, aber nicht rechtlich wirksam sind, ob es dann genügt, daß der Erwerber sie für wirksam hält; kurz gesagt, ob ein titulus verus gefordert wird oder ein sogenannter titulus putativus genügt.

In einer großen Anzahl von Stellen wird im Corpus iuris das wirkliche Vorhandensein und die rechtliche Giltigkeit der den Titel darstellenden Vorgänge gefordert. Beispielsweise seien angeführt: l. 2, 6 § 11, D. 41, 4 l. 2, Pr. und § 2, D. 41, 5 l. 1, 41, 6 l. 1 pr. 41, 8 l. 1 l. 2, C. 7, 33 l. 5, C. 7, 29 l. 4. Jedoch sind in die Digesten auch eine große Anzahl von

[1]) Fitting, Bd. 52, S. 389; Dernburg, Bd. 1, § 220, S. 512.

[2]) Unterholzner, Bd. 1, S. 376; Stintzing, S. 96; Bernhöft, Besitztitel, S. 13; Mayer, S. 158.

[3]) Fitting, Bd. 52, S. 6.

Sätzen aufgenommen, die eine Ersitzung zulassen, wenn nur der Erwerber an das Vorhandensein des Titels glaubt, z. B. D. 41, 3 l. 13 § 1, 41, 4 l. 2 § 15, § 16, 41, 4 l. 11 41, 8 l. 9, 41, 10 l. 5.

Da jedoch Justinian in der allgemeinen Darstellung der Institutionen den error falsae causae ausdrücklich verwirft, ferner in dem Codex die strengen Gesetze von Maximinian und Diocletian aufgenommen hat und in den Digesten gerade an den Anfang fast aller Abschnitte, die von den Usukapionstiteln lauten, Sätze gestellt hat, die streng einen titulus verus fordern, so ist anzunehmen, daß damit eine Regel aufgestellt sein soll und daß jene anderen Stellen, die den Putativtitel zulassen, nur Ausnahme von jener allgemeinen Regel sein sollen[1]). Dagegen besteht vielfach die Ansicht, daß Justinian den titulus putativus allgemein zulassen wollte, besonders Stintzing[2]) will beweisen, daß überhaupt keine Unterscheidung bestehe, indem er darauf hinweist, daß der titulus pro suo alle Arten von vermeintlichen Titeln umfasse. Er führt dafür an, daß in D. 41, 10 l. 3 ein Fall unter dem titulus pro suo angeführt sei, in dem die Ersitzung auf Grund eines vermeintlichen Titels pro soluto zugelassen werde. Dagegen ist anzuführen, daß wiederum in D. 41, 3 l. 27 dieses als eine irrtümliche und mißbräuchliche Anwendung des titulus pro suo dargestellt wird. Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere posse nihil referre emerit necne, donatum sit necne, si modo emptum vel donatum sibi existimarent, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.

Zu beachten ist allerdings bei dieser Stelle, wie Leonhard[3]) betont, daß sie sich ausdrücklich nur auf die Fälle bezieht, in denen ein Rechtsgeschäft, wie z. B. Schenkung, Kauf etc.

---

[1]) Unterholzner, Bd. 1, S. 350 ff.; Fitting, Bd. 52, S. 418; Bernhöft, Titulus justus und putations, S. 21 ff.

[2]) Stintzing, S. 97 ff.

[3]) Leonhard, Studien, Heft 23, S. 38.

überhaupt nicht vorliegt und das Vorhandensein irrigerweise von dem Besitzer angenommen wird, dagegen nicht die Fälle ausdrücklich umfaßt, in denen zwar ein Rechtsgeschäft vorliegt, das aber aus irgendeinem Grunde nicht rechtlich wirksam ist, während der Besitzer die rechtliche Wirksamkeit irrtümlich annimmt. Das ist zu entnehmen aus der Stellung von nullus als Adjektiv: si nulla dos, nullum legatum sit, wobei nullus = non existens ist, während, wenn die Stelle lautete: si dos nulla sit, nullus = nichtig sein würde. Doch wird man daraus nicht unbedingt folgern dürfen, daß nun der zuzweit genannte, nicht ausdrücklich verworfene Irrtum, regelmäßig geeignet sei, den Titel zu ersetzen. Allerdings finden wir mehrere Stellen, in denen ein solcher Irrtum einen wirksamen Putativtitel bildet, z. B. D. 41, 4 l. 2 § 15; doch sind auch sie wohl nur als Ausnahmefälle, wenn auch ziemlich umfassender Art, aufzufassen.

Die Tatsache, daß so viele Stellen die veritas tituli fordern, erklärt Stintzing[1]) damit, daß Justinian davor habe warnen wollen, einen bloßen Vorwand als Titel aufzufassen. Die Form und Stellung jener Sätze am Anfang der Digestentitel widerspricht aber einer solchen an und für sich höchst unwahrscheinlichen Auffassung durchaus[2]). Allgemein wollen den Putativtitel auch zulassen Windscheid, Dernburg, Stahmer[3]). Wenn Windscheid meint, auch in Stellen wie D. 41, 4 l. 11 und 41, 10 l. 5 könne man ein Prinzip ausgedrückt sehen, so widerspricht dem die Stellung dieser und jener Sätze, und es muß befremdend wirken, daß das Prinzip nicht in den Institutionen ausgesprochen ist.

Es ist also daran festzuhalten, daß der titulus verus die Regel bildet, der titulus putativus die Ausnahme, die nicht über die ausdrücklich zugelassenen Fälle auszudehnen ist. Allgemein ist für die Ausnahmefälle festzustellen, daß nicht die irrige Annahme einer justa causa possessionis seitens

[1]) Stintzing, S. 106.

[2]) Bernhöft, Titulus justus und put., S. 19 ff.

[3]) Windscheid, Bd. 1, § 178, S. 922; Dernburg, Bd. 1, § 220, S. 513; Stahmer, S. 20. Für den Putativtitel auch Leonhard, Institutionen S. 306.

des Besitzers allein genügt, vielmehr muß sie objektiv durch tatsächliche Vorgänge oder einen sonstigen entschuldbaren Irrtum gerechtfertigt sein. Ausdrücklich ist dieser Satz in verschiedenen Stellen ausgesprochen, z. B. D. 41, 4 l. 11 und 41, 10 l. 5, in denen auch Beispiele solcher entschuldbarer Irrtümer angegeben werden. Insbesondere wird die Annahme des Titels dann als gerechtfertigt angesehen, wenn ein tatsächliches, auf Eigentumserwerb gerichtetes Rechtsgeschäft vorliegt, das wegen Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Veräußerers rechtlich nicht gültig ist. D. 41, 4 l. 2 §§ 15 und 16. In den anderen Fällen, die einen Putativtitel zulassen, ist, wenn auch nicht explicite, so doch implicite, die Entschuldbarkeit enthalten, z. B. D. 41, 10 l. 3, 41, 4 l. 2 Pr. Kraft positiver Vorschrift ist der Irrtum nicht entschuldbar, wenn er ein error iuris ist, also wenn jemand an das Vorhandensein eines Titels nur infolge Unkenntnis eines Rechtssatzes glaubt, z. B. der Käufer glaubt, daß ein Unmündiger gültig Geschäfte abschließen könne. D. 41, 4 l. 2 § 15.

Verschiedentlich finden wir den irrigen entschuldbaren Glauben des Erwerbers, ein gültiges Geschäft abgeschlossen zu haben, als bona fides bezeichnet, z. B. D. 41, 3 l. 13 § 1: eum qui a furioso bona fide emit usucapere posse responsum est, und man hat infolgedessen allgemein von einer auf den Titel bezüglichen bona fides für jeden Putativtitel gesprochen[1]). Ob das gerechtfertigt ist, mag dahingestellt bleiben; festzuhalten aber ist schon jetzt, daß diese bona fides etwas Grundverschiedenes ist von dem eigentlichen so bezeichneten Ersitzungserfordernisse. Jene ist nur ein Ersatz für den titulus verus und muß, wie soeben auseinandergesetzt, auf objektiver Grundlage beruhen. Ein Schluß auf die eigentliche bona fides ist daraus nicht zu ziehen. Zusammenfassend ist also über den Titel für das Justinianische Recht zu sagen, daß in der Regel gefordert sind tatsächliche und rechtlich wirksame Vorgänge, die, objektiv für sich allein

[1]) Stahmer, S. 15 ff.; Hesse, Bd. 58, S. 317/18.

betrachtet, geeignet sind, den Eigentumserwerb wirtschaftlich zu rechtfertigen. Von der Regel sind eine Reihe Ausnahmen zugelassen, in denen an Stelle des objektiven Vorhandenseins jener Vorgänge die subjektive Vorstellung des Erwerbers, daß es der Fall sei, genügt; jedoch nur dann, wenn diese Meinung objektiv entschuldbar erscheint.

Nicht für jede Ersitzung war im Justinianischen Recht das Vorhandensein eines Titels erforderlich. Vielmehr ist bei der sog. außerordentlichen Ersitzung von diesem Erfordernis abgesehen. Zwar ist verschiedentlich die Meinung vertreten worden[1]), daß auch bei der außerordentlichen Ersitzung wenigstens ein Putativtitel erforderlich sei, da bona fides ohne einen solchen unmöglich sei. Auf letztere Begründung kann hier noch nicht eingegangen werden. Es sei nur mit Wächter[2]) als Gegenargument angeführt, daß die 30jährige Ersitzung aus der Klageverjährung hervorgegangen ist, die weder titulus noch bona fides als Erfordernisse kannte. Da nun in C. 7, 39 l. 8 nur bona fides gefordert wird, so ist der Titel als ausdrücklich ausgeschlossen anzusehen. Diese Ansicht ist durchaus als die herrschende zu bezeichnen.

§ 5.

Wie gezeigt, ist der Titel die objektive Rechtfertigung des Besitzes, der zur Ersitzung führt. Als weiteres Erfordernis tritt uns nun die bona fides entgegen. Über Wesen und Begriff derselben herrschte in der gemeinrechtlichen Literatur bis in die neueste Zeit der größte Streit. Fides bedeutet, wie schon gesagt, den Glauben, die Treue, die Redlichkeit. Das Adjektiv führt nicht eine besondere Steigerung des Begriffes herbei, sondern es hebt nur den Gegensatz zur mala fides, der Untreue, Unredlichkeit, hervor. Fides ohne weiteren Zusatz tritt uns nicht als juristischer Begriff entgegen. Wir haben es also mit einem Begriff zu tun, der einen Zustand oder Vorgänge in dem Gedanken- und

[1]) Brinz, Bd. 1, S. 611; Unterholzner, Bd. 1, S. 355.
[2]) Wächter, S. 1, auch Windscheid, Bd. 1, § 183, S. 936.

Empfindungsleben eines Menschen bezeichnet. Das ist aber das allein Feststehende. Streitig dagegen ist, ob die bona fides als ein positiver Zustand, eine positive Überzeugung, ein positives Wollen für die Ersitzung gefordert wird, wie insbesondere die Übersetzung „guter Glaube" zum Ausdruck bringt, oder ob nur das Nichtvorhandensein einer Vorstellung, eines Willens gemeint ist. Ferner ist streitig, ob jener Zustand, sei er positiv oder negativ, rein subjektiv in Betracht kommt, oder ob er, von einem objektiven Standpunkt betrachtet, gerechtfertigt erscheinen muß. Hinsichtlich der letzteren Ansicht nehmen wiederum diejenigen eine ganz besondere Stellung ein, welche die objektive Grundlage der bona fides in dem Titel sehen und denselben nur als solche, nicht als besonderes Erfordernis gelten lassen.

Es ist hier nicht am Platze, eine ausführliche Darstellung der verschiedenen Theorien zu geben, die innerhalb der skizzierten grundlegenden Gegensätze noch viele kleinere Abweichungen zeigen. Aber bei der Begründung des in dieser Abhandlung eingenommenen Standpunktes ist es nötig, auf besonders widerstreitende Ansichten kurz einzugehen.

Von besonderer Bedeutung für die Bestimmung des Begriffs der bona fides muß die Stellung sein, die man zu der zuletzt angedeuteten Ansicht einnimmt, daß der Titel die Rechtfertigung der bona fides bilde, letztere auf ihn sich stütze. Vertreten wird diese Ansicht mit einer Ausnahme (Savigny)[1]) nur von solchen[2]), welche die bona fides als einen positiven Zustand des Bewußtseins bezeichnen, besonders aber von denjenigen[3]), welche in ihr den Glauben des Erwerbers, Eigentümer geworden zu sein, sehen. Es scheint erklärlich, daß, wenn man die bona fides so definiert, man verlangt, daß sie sich auf tatsächliche Vorgänge stütze und dazu den Titel heranzieht. Aber wenn auch in der Tat bei dem Ersitzenden zumeist der Glaube, Eigentum erworben zu haben, vorhanden sein wird, so ist daraus nicht

[1]) Bd. 3, S. 371/72.

[2]) Unterholzner, Bd. 1, S. 321; Puchta, Inst., Bd. 2, S. 208.

[3]) So Moellenthiel, S. 16 und 24, und Keller, § 133.

ein Kriterium des guten Glaubens zu machen. Das geht besonders auch aus den Stellen hervor, in denen eine Ersitzung eintritt, obgleich der Erwerber der Sache nicht in dem Glauben sein kann, Eigentum erworben zu haben. So z. B. D. 41, 4 l. 2 § 2.

„Si sub conditione emptio facta sit . . . si exstitit et ignoret (nämlich emptor) potest dici secundum Sabinum, qui potius substantia intuetur quam opinionem, usucapere eum." Der Käufer, der unter einer Bedingung gekauft hat, ersitzt, wenn die Bedingung eingetreten ist, auch wenn er davon keine Kenntnis hat, also nicht glauben kann, daß er Eigentümer geworden sei.

D. 41, 3 l. 44 § 4 „filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: Cur non capiet usu cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit." Der Haussohn, welcher gewaltfrei geworden ist, ersitzt, trotzdem er davon keine Kenntnis hat und also glaubt, überhaupt kein Eigentum erwerben zu können. Siehe ferner D. 9, 4 l. 28.

Ferner war beim Kaufe bona fides schon im Moment des Kaufabschlusses notwendig: D. 41, 3 l. 48 (in emptione autem et contractus tempus inspicitur et solutionis). In diesem Moment kann aber der Käufer nicht glauben, Eigentümer zu sein[1]).

Aber auch andere, die den Glauben nur als redliches Bewußtsein oder wie Windscheid „als redliche Überzeugung, daß man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe", bezeichnen, halten daran fest, daß der Titel die Grundlage dieser Überzeugung bilde[2]). Bei der Betrachtung des Titels ist nun in keiner Weise eine solche Unterordnung desselben hervorgetreten. Wir finden auch stets die beiden Erfordernisse nebeneinander erwähnt, ohne

[1]) Stintzing, S. 61/62; Burckhard, Bd. 21, S. 288.
[2]) Windscheid, Bd. 1, § 178, S. 921/22.

die geringste Andeutung jenes Verhältnisses. Unterholzner[1]) will aus l. 2, 6 §§ 1 und 2 schließen, daß, da nur von bonae fidei possessio als Voraussetzung der Ersitzung die Rede sei, in der bona fides der Titulus enthalten sei.

§ 2. „furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt." Daß hier der Titulus nicht erwähnt ist, kann nach der Darstellung im Prinzipium, in der die iusta causa possessionis ausdrücklich neben der bona fides erwähnt ist, nichts beweisen. Daß sie allein erwähnt ist, erklärt sich auch daraus, daß sie in besonders scharfem Gegensatz zur Furtivität der Sachen, von der die Rede ist, gestellt sein soll, und dieser leicht verwischt worden wäre, wenn noch der Titel erwähnt worden wäre. Als ausdrücklich gegen jene Unterordnung des Titels sprechend seien wiederum die schon oben angeführten Stellen genannt: D. 41, 4 l. 2 § 2 und 41, 3 l. 44 § 4. Wie kann die bona fides des Erwerbers durch den Titel gerechtfertigt werden, wenn jener keine Ahnung von seinem Vorhandensein hat? Daß aber bona fides vorhanden ist, wird in 41, 3 l. 44 § 4 ausdrücklich konstatiert: cum initio possessionis bona fides adsit. Andere Stellen, in denen Titel und bona fides in scharfem Gegensatz zueinandergestellt sind, sind von Stintzing[2]) aufgeführt, der überhaupt zuerst jene Lehre bekämpft hat.

Als Grund dafür, daß man den Titel so der bona fides unterordnen wollte, ist wohl anzusehen, daß man die bona fides als eine positive Überzeugung ansah[3]), demgemäß in ihr auch ein positives, vom Ersitzenden zu beweisendes Erfordernis sah, dem man eine festere Grundlage und leichtere Beweisbarkeit durch die Begründung auf den Titel geben wollte.

Die Definition der bona fides als einer positiven Überzeugung, sei es Eigentum erworben zu haben (Moellenthiel, Puchta, Wächter), sei es kein materielles Unrecht mit der

[1]) Unterholzner, Bd. 1, S. 321.
[2]) Stintzing, S. 62.
[3]) So Windscheid, Bd. 1, § 177, S. 920, Nr. 4.

Aneignung zu begehen (Windscheid, Schirmer), sei es als Überzeugung vom Eigentum und der Dispositionsfähigkeit des Auktors (Vangerow, Arndts und Brinz), gehen vor allen auf die Übersetzung des Ausdrucks bona fides als guter Glaube zurück. Hält man dagegen fest, daß fides eigentlich die Treue, Redlichkeit ist[1]), so ist daraus nicht zu entnehmen, daß mit diesem Erfordernis ein positiver Zustand des Bewußtseins für die Ersitzung gefordert wird; eher vielmehr das Gegenteil. Denn von dem normalen, im Rechtsstaate aufgewachsenen, von den herrschenden rechtlichen Vorstellungen beeinflußten Menschen verlangt man, daß seine Handlungen der Redlichkeit entsprechen, ohne daß ihm dieses in jedem konkreten Falle zum Bewußtsein kommt. Man wird also darauf zurückgehen müssen, was in den einzelnen Fällen im Corpus iuris als für die bona fides erforderlich festgestellt wird, um zu einem Urteil über ihr Wesen zu gelangen.

Vor allem ist von Bedeutung die Stelle aus De verborum significatione D. 50, 16 l. 109: „bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse, aut putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse."

Einzelne sehen diesen Satz als Legaldefinition an, z. B. Stintzing[2]), mit ihm Jonas, dagegen erklärt sich besonders Bruns, ebenso Benz[3]). Er erklärt mit Hinsicht auf das eam rem, daß die Stelle aus dem Zusammenhang gerissen sei, und daß sie auch zu eng gefaßt sei. Wenn die erstere Behauptung auch zugegeben wird, so ist damit nicht gesagt, daß Justinian die Stelle nicht als Definition wollte; doch scheint sie allerdings zu speziell gefaßt, um nach ihr allein die bona fides zu bestimmen. Aber sie bezieht sich immerhin auf den Hauptfall der Ersitzung und verdient daher bedeutende Beachtung[4]). Ferner sind anzuführen:

[1]) Bruns, S. 78.
[2]) Stintzing, S. 61; Jonas, S. 2.
[3]) Bruns, S. 77/78; Benz, S. 8.
[4]) Hesse, Bd. 58, S. 309; Stahmer, S. 6.

D. 18, 1 l. 27. „qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse bona fide emit.“

I. 2, 6 Pr. Iure civili constitutum erat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione .... acceperit, is eam rem ... usucapiat ...

Gaius II, § 43, ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae a non domino nobis traditae fuerint, ... simodo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse.

Die bona fides stellt sich also in diesen Fällen dar, entweder als das Nichtwissen, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört, oder als das Glauben, daß ihm die Sache gehört oder daß er verfügungsberechtigt über sie ist. Im Gegensatz dazu wird als unfähig zur Ersitzung, als in mala fide befindlich, derjenige bezeichnet, qui scit oder non ignorat, rem alienam esse; z. B. D. 41, 4 l. 2 § 17, l. 4, l. 6 § 1, 41, 3 l. 15 § 3 u. a.[1]).

Wir sehen also, daß die bona fides sich bezieht auf das Recht des Veräußerers. Zwischen den verschiedenen Stellen scheint nun ein Zwiespalt zu herrschen, in dem die bona fides bald rein negativ als ein Nichtwissen, bald positiv als ein Glauben bestimmt wird; letzteres scheint also den oben angeführten Theorien recht zu geben. Versucht man den Zwiespalt zu lösen, so muß man sich fragen, ob es besser zu vereinen ist, daß, wenn als ursprüngliches Erfordernis ein positives Glauben festgestellt ist, auch das bloße Nichtwissen des Gegenteils genüge, oder daß, wenn zur Begründung der bona fides das Nichtwissen als ausreichend angesehen wird, auch eine positive Überzeugung dazu geeignet erscheint. Es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn ein positives Glauben gefordert wird, das Nichtwissen des Gegenteils nicht ausreicht. Ist dagegen zur bona fides nur das Nichtwissen ursprüngliches Erfordernis, so geht derjenige, der sich eine positive Meinung bildet, über das Erforderliche hinaus, um

[1]) Angeführt bei Stintzing, S. 66.

so mehr aber ist natürlich bei ihm bona fides vorhanden. Man kommt also auf Grund dieser Erwägungen dazu, daß, im Falle des Erwerbs vom Nichteigentümer, zur bona fides das Nichtwissen von der Eigenschaft der Sache als einer fremden genügt. Um nun eine allgemein gültige Definition der bona fides zu erhalten, die insbesondere auch für die originären Erwerbsarten paßt, werden wir den uns durch den Ausdruck selbst gegebenen Begriff der Redlichkeit nach dem für den Hauptfall gewonnenen Resultat näher bestimmen müssen als die Abwesenheit des Bewußtseins, mit dem Erwerb eine Unredlichkeit zu begehen[1]), und sie stellt sich speziell dar als die Unkenntnis von demjenigen Mangel, der den sofortigen Eigentumserwerb hindert; denn da alle anderen Erfordernisse desselben stets vorhanden sein müssen, so können sie für die bona fides nicht in Betracht kommen, da eine Unkenntnis über sie nach dem Satze: plus in re, quam in existimatione ja ohne Bedeutung ist. Daß aber die Abwesenheit des unredlichen Bewußtseins sich darstellen kann als die positive Überzeugung redlich zu handeln, also als Glauben an die Abwesenheit des Mangels, bedarf nach dem oben gesagten keiner Hervorhebung.

Im konkreto wird nun bei weitem am häufigsten der Fall sein, daß der Erwerber einer Sache sich über das Eigentum oder Nichteigentum des Veräußerers überhaupt keine Gedanken macht. Leicht möglich aber sind doch auch Fälle, und gerade sie werden öfters für die Ersitzungen in Betracht kommen, in denen dem Erwerber Zweifel an dem Recht des Veräußerers aufgetaucht sind. Ist aber dergestalt einmal das Nachdenken des Erwerbers auf diesen Punkt gelenkt worden, so muß er allerdings, damit bei ihm bona fides vorhanden sei, zu dem Glauben kommen, der Mangel sei nicht vorhanden; denn kommt er nicht zu diesem Glauben, so nimmt er entweder richtig an, daß ein Mangel vorhanden sei, oder aber er bleibt zweifelhaft darüber, weist also die

[1]) So oder mit geringen Abweichungen: Stintzing, v. Scheurl, Hesse, Benz, Jonas, Karlowa, Sintenis, Unger, Stahmer.

Möglichkeit nicht ab. Dann aber ist bei ihm nicht bona fides, sondern dolus eventualis vorhanden.

Es ist damit zugleich die Ansicht verworfen, daß jeder Zweifel, der nicht auf bloßer Skrupulosität beruhe, die bona fides ausschließe[1]). (So Brinz.) Für letztere Ansicht wird angeführt D. 41, 4 l. 6 § 1: „Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos et qui sint sciam, reliquos usucapiam: Quod si ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum." Im 2. Teil aber ist hier gerade der Fall gesetzt, daß der Erwerber zu keiner Entscheidung, sei es auch einer noch so subjektiv gefärbten, darüber gekommen ist, welche Sklaven die dem Veräußerer gehörigen und welche die ihm nicht gehörigen sind; er hat also für jeden Sklaven den dolus eventualis und ist daher in bezug auf keinen in bona fide. Ganz ebenso liegt der Tatbestand in D. 41, 4 l. 4 Pr.

Als positives Zeugnis dafür, daß Zweifel an dem Eigentum des Veräußerers den guten Glauben nicht ausschließen, kann C. 8, 44 l. 30 dienen[2]), die feststellt, daß die Evictionsstipulation beim Kauf, die jedenfalls doch auf Bedenken des Käufers hinsichtlich der Prästationsfähigkeit des Verkäufers deutet, nicht geeignet sei, die mala fides des Erwerbers zu beweisen. (So wie hier Stahmer und Wächter[3]), der noch eine Reihe Beispiele bildet, in denen der gute Glaube durch starke, auf Tatsachen gegründete Zweifel nicht ausgeschlossen wird.) Wir sehen also, die Möglichkeit, daß die bona fides durch Zweifel zerstört werde, ist eine begrenzte. Die Ausführung bezweckte hauptsächlich zu zeigen, daß, im Falle dem Erwerber Zweifel angekommen sind, sich die Abwesenheit der Unredlichkeit durch eine positive Überzeugung betätigen muß. Da dies gerade für die Fälle, in denen die Ersitzung Platz greift, relativ nicht selten sein wird, so erklärt sich daraus die Tatsache, daß die Quellen-

[1]) Brinz, Bd. 1, § 161, S. 631.
[2]) Schirmer, Bd. 15, S. 226.
[3]) Stahmer, S. 10/11; Wächter, S. 35—38.

stellen öfter von dem Putare rem emptoris esse als von dem nescire rem alienam esse sprechen.

Insbesondere sei der Fall besprochen, daß jemand vom Nichteigentümer, den er für vertretungsberechtigt hält, erwirbt. Daß die Stellen, die davon handeln, D. 50, 16 l. 109 und 41, 4 l. 14 die bona fides nur als das putare, eum qui vendidit ius vendendi habere, respektive credere mandatu fratris venisse bezeichnen, kann nach dem Ausgeführten nicht verwundern, da der Fall, daß man vom Nichteigentümer gültig erwirbt, doch ein so besonders gestalteter ist, daß der Erwerber stets über die Berechtigung des Gegenkontrahenten zur Veräußerung nachdenken und so zu einem Glauben oder Nichtglauben kommen wird.

Ferner treten uns im Corpus iuris einige Fälle entgegen, in denen allerdings von einer Unkenntnis des Mangels keine Rede sein kann, z. B. D. 9, 4 l. 28 und D. 41, 7 l. 5. In diesen Fällen ist allerdings die Ersitzung zugelassen, weil die positive Überzeugung redlich zu handeln vorliegt, und auch nur dann[1]). Es sind das aber so singuläre Fälle, erzeugt durch ganz eigentümliche Rechtsinstitute und Vorschriften, daß wir sie bei der Bestimmung des regelmäßigen Begriffs der bona fides außer acht lassen müssen. Dagegen ist zu betonen, daß jene Definitionen, die eine redliche Überzeugung fordern, für eine große Anzahl der konkreten Fälle zutreffen, eine noch größere Anzahl aber ungerechtfertigterweise von der Ersitzung ausschließen.

§ 6.

Bis jetzt ist uns die bona fides als ein rein subjektives Erfordernis entgegengetreten, und zwar entweder als ein Nichtwissen oder als ein Glauben, das sich als irrig darstellt. Beides wird gemeinhin unter dem Ausdruck Irrtum zusammengefaßt, obgleich im Grunde genommen im Falle des reinen Nichtwissens gar kein Irren vorliegt, und auch

[1]) Stintzing, S. 78; Hesse, Bd. 58, S. 313; Windscheid, Bd. 1, § 176, N. 6, S. 917; Stahmer, S. 13.

gleich hier festgestellt sei, daß das Corpus iuris nie bezüglich der bona fides von einem Irrtum redet.

Es wird nun von vielen Seiten die Ansicht verfochten, daß in dem rein subjektiven Empfinden oder Nichtempfinden des Ersitzenden nicht eine bona fides zu sehen ist, vielmehr jener Zustand objektiv durch tatsächliche Umstände gerechtfertigt, der Irrtum entschuldbar sein müsse, um die Ersitzung herbeizuführen. Zum Beweise führt man entweder Stellen an, die dieses direkt ergeben sollen, oder die allgemeinen Grundsätze über den Irrtum oder die Analogie mit anderen Rechtsverhältnissen, in denen ein Irrtum eine Rolle spielt, oder man leitet es, wie Bruns, schon aus dem Begriff der bona fides als gewissenhafter Überlegung her.

Es sollen zunächst jene Stellen betrachtet werden, welche die Forderung der Entschuldbarkeit des Irrtums, wie die Forderung der Objektivität der bona fides allgemein bezeichnet wird, begründen sollen: Windscheid, ebenso Benz[1]), führt an: D. 41, 3 l. 44 § 4: idem dicendum erit (nämlich, daß der Haussohn ersitzen kann) et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione credat.

Benz, der sich ganz besonders auf diese Stelle stützt, behauptet, es handele sich um eine vom Erblasser gekaufte Sache, die diesem nicht tradiert worden sei, die er vielmehr fehlerhaft in Besitz genommen habe. Wie Benz zu einer solchen gekünstelten Auslegung kommt, ist unerklärlich. Es handelt sich vielmehr um eine Sache, die der Erbe gekauft hat, und die aus diesem Grunde an ihn gelangt, während er glaubt, sie als Nachlaßsache zu erhalten. Es liegt also zweifellos ein Fall des Putativtitels vor. Bruns[2]), der im übrigen ausdrücklich zugesteht, daß andere Stellen für die Entschuldbarkeit nicht anzuführen sind (z. B. auch nicht D. 41, 10 l. 5) zitiert D. 41, 4 l. 7 § 2: servus meus Titio mandavit, ut fundum ei emerit eique manumisso Titius possessionem tradidit: quaesitum est, an longa possessione

[1]) Windscheid, Bd. 1, § 178, N. 1, S. 921; Benz, S. 43.
[2]) Bruns, S. 96.

caperet . . . Die Frage wird verneint: quia aut scit servus peculium sibi concessum non esse aut scire debet et per hoc similis est ei, qui se creditorem esse simulat.

Bruns sucht den gewünschten Sinn unter Heranziehung von 41, 10 l. 3 herzustellen. Das scit aut scire debet bezieht sich aber ganz offenbar auch hier auf den Titel; denn der Freigelassene kann aus dem von ihm als Sklaven gegebenen Auftrag Rechte nur herleiten, wenn ihm sein Peculium konzediert wird. Ist dies nicht der Fall, so ist der Berechtigte aus dem von dem Beauftragten abgeschlossenen Kauf der Herr des früheren Sklaven. Wird trotzdem dem Sklaven tradiert, so hat dieser also keinen Titel, und es wird nun hervorgehoben, daß der Glaube des Sklaven, das peculium sei ihm konzediert, einen Putativtitel nicht begründen könne, da dieser Irrtum nicht entschuldbar ist. (Denn: scit aut scire debet.) Die Beziehung auf den Titel geht aufs deutlichste aus dem Schlußsatze hervor: Similis est ei, qui se creditorem esse simulat. Dem stimmt auch Jonas[1]) bei, der sonst Entschuldbarkeit der bona fides fordert.

Es findet sich also unter der großen Anzahl der die Ersitzung betreffenden Fragmente nicht eins, das die Entschuldbarkeit des Irrtums für die bona fides ausspricht.

In dem Titel de Iuris et Facti Ignorantia D. 22, 6 finden wir nun allgemeine Grundsätze über die Behandlung des Irrtums zum Teil unter ausdrücklichem Hinweis auf ihre Anwendung für die Usucapion. So besonders lex 4: „Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse.

L. 9 Pr.: „regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere", wozu im § 2 noch die Erklärung gegeben ist: „sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiciatur".

Es ist also strikt die Regel aufgestellt: Beruht ein Nichtwissen oder irriges Glauben auf Rechtsirrtum, so kommt es

[1]) Jonas, S. 34.

dem Betreffenden nicht zustatten, und ebenso wenn es auf einem faktischen Irrtum beruht, der bei Anwendung von Sorgfalt vermeidbar gewesen wäre. In lex 4 ist die Anwendung dieser Sätze ausdrücklich für die Ersitzung festgestellt. Ferner auch in dem allgemeinen Titel De Usucapionibus D. 41, 3 l. 31 Pr. nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest und 41, 4 l. 2 § 15 quia iuris error nulli prodest.

Demgegenüber wird behauptet, diese Feststellung habe nur Bezug auf den Irrtum und die bona fides, der wir beim Putativtitel begegnet sind[1]). Und in der Tat wird bei ihm, wie wir schon bei Betrachtung des Titels gesehen haben, mit besonderer Ausdrücklichkeit auf das Erfordernis der Entschuldbarkeit des faktischen und die grundsätzliche Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums hingewiesen, während bei der eigentlichen bona fides dessen nie die geringste Erwähnung getan wird. Bei Bruns[2]) wird dies damit begründet, daß der Putativtitel überhaupt noch nicht bestanden habe, als jene Regel aufgestellt wurde. Man habe daher später ihre Anwendung auf den Putativtitel zu betonen für nötig befunden, während die Anwendung für die bona fides als die ursprüngliche nicht erst erwähnt werde. Diese Behauptung ist ganz gewiß unrichtig, da z. B. Celsus, der gegen den Putativtitel ankämpft, vor Pomponius, von dem D. 22, 6 l. 4 herrührt, lebte.

Besonders sind die beiden obigen Sätze D. 41, 3 l. 31 Pr. und 41, 4 l. 2 § 15, die so allgemein den error iuris verdammen, in Anwendung auf den Putativtitel ausgesprochen: „nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest: et idio Procullus, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia iuris error est". „Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate . . . quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris

[1]) Hesse, Bd. 58, S. 335; Jonas, S. 32; Stahmer, S. 30.
[2]) Bruns, Bd. 57, S. 297/98.

auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest."

Die Stelle D. 41, 3 l. 32 § 1 von Pomponius ist zu unklar, als daß aus ihr ein Schluß für oder wider gezogen werden könnte.

Es ist aber zu beachten, daß das Corpus iuris kein so einheitliches Gesetzbuch ist, daß solche allgemeine Aussprüche, wie z. B. iuris error nulli prodest, wirklich auch nur unbeschränkt Geltung beigelegt werden müßte[1]), wir finden sie vielmehr stets für die Fälle ihrer Anwendung durch Beispiele gekräftigt und werden daher, außer wenn die Anwendbarkeit eine durchaus klare und unbestreitbare ist, eine solche Bekräftigung fördern müssen, ehe wir sie anwenden dürfen. Das ist aber hier keineswegs der Fall[2]). Es ist daher auch nicht angängig, aus dem Satze „magna culpa dolus est", D. 50, 16 l. 226, ohne weiteren Anhaltspunkt zu folgern: Also schließt magna culpa die bona fides auch bei der Ersitzung aus (wie es Jonas tut)[3]). Man darf sich deshalb auch nicht auf die Analogie berufen, indem man folgert: weil in anderen Fällen (wie beim Putativtitel, der condictio in debiti etc.) die Objektivität des Irrtums gefordert werde, bestände dies Erfordernis auch für die bona fides. (Wie es z. B. tun Scheurl und Benz.)[4])

Es müssen also ganz schwerwiegende Gründe sein, welche trotz alledem die Anwendung jener allgemeinen Sätze auf die bona fides rechtfertigen sollten. Sie werden gesucht in den Grundsätzen über den Einfluß des Irrtums auf die Rechtsverhältnisse[5]). Mit ihnen hat sich zuerst Savigny eingehender beschäftigt, und er hat die Unterscheidung von echtem und unechtem Irrtum aufgestellt[6]). Für den echten Irrtum fordert er die Anwendung der allgemeinen Vorschriften

[1]) Savigny, Bd. 3, S. 344.
[2]) Wächter, S. 105/6; Jonas, S. 31.
[3]) Jonas, S. 34.
[4]) Scheurl, Bd. 2, S. 71; Benz, S. 42.
[5]) Savigny, Bd. 3, S. 328 ff., S. 440.
[6]) Savigny, Bd. 3, S. 368; Bruns, S. 95/96.

(D. 22, 6), demnach also Entschuldbarkeit, und rechnet zu ihm „die Fälle, in welchen der Irrtum die Folge hat, daß die anfängliche Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts hinterher weggeräumt wird, also die Ergänzung eines unvollständigen Rechtsgeschäfts durch den Irrtum vermittelt werden kann". Unter Anwendung dieses Satzes auf die Usucapion behauptet er, die bona fides führe die Ergänzung des unvollständigen und daher unwirksamen Eigentumserwerbsaktes herbei. Dagegen ist einzuwenden[1]), daß nicht die bona fides jene Ergänzung herbeiführt, sondern vielmehr das ganze Institut der Ersitzung und dessen Haupterfordernisse Besitz und Zeitablauf sind, während die bona fides als negatives Erfordernis auftritt, indem mala fides geeignet ist, die Ersitzung auszuschließen, also eine Ausnahme von der Regel der Ersitzung herbeizuführen. Savigny selbst zieht jedoch auch nicht die Konsequenz, daß der Irrtum entschuldbar sein müsse, sondern nur die, daß die bona fides sich auf den Titel stützen müsse. Der Versuch, mit Hilfe dieser Unterscheidung zu beweisen, daß die bona fides eine objektive Grundlage haben müsse, ist also als mißglückt anzusehen.

Anders unterscheidet Wächter[2]) echten und unechten Irrtum. Echter Irrtum ist nach ihm vorhanden, „wenn der Irrtum für den Irrenden Bestimmungsgrund zu einer Handlung war", unechter Irrtum dagegen, „wenn derselbe bloß Erkenntnisgrund eines nach einer gewissen Richtung mangelnden oder vorhandenen Willens ist". Wächter reiht den der bona fides zu Grunde liegenden Irrtum unter den unechten Irrtum ein. Dagegen hat Bruns[3]) angeführt, „die bona fides sei bei der Ersitzung auch Bestimmungsgrund". Er führt als Beispiel an: „Wenn der Käufer den Verkäufer irrtümlich für den Eigentümer hält, so ist dieser Irrtum insofern Bestimmungsgrund, als er ohne den Irrtum nicht von diesem Verkäufer gekauft haben würde." Aus diesem Beispiel selbst aber geht schon hervor, daß eben der Irrtum nicht Bestim-

[1]) Stahmer, S. 28/29.
[2]) Wächter, S. 14/15.
[3]) Bruns, S. 73.

mungsgrund für den Kauf ist, sondern daß das Wissen Bestimmungsgrund für das Abstehen vom Kauf sein würde; denn man kauft eine Sache nicht, weil sie dem Verkäufer gehört, sondern weil man sie haben will. Weiß man aber, daß sie ihm nicht gehört, so wird man aus diesem Grunde vom Kaufe abstehen, wenn man redlich handeln will. Es ist also in der Tat der Irrtum nur ein Erkenntnisgrund für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Tatsache, nämlich der bona fides. Sollte trotzdem für die bona fides Objektivität erforderlich sein, so müßten wir dafür unzweideutige positive Bestimmungen haben, die, wie gezeigt, nicht vorhanden sind.

Dagegen sind eher verschiedene Stellen anzuführen[1]), die gegen eine solche Objektivität sprechen, wie z. B. D. 41, 4 l. 2 § 8: tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse eum usucapere ..... Man kann vom tutor erwarten, daß er weiß, welche Sachen dem Pupillen gehören. Weiß er es nicht, so kann darin leicht eine Fahrlässigkeit liegen; trotzdem ersitzt er, ist also in gutem Glauben.

D. 3, 5 l. 18 (19) § 3. cum me absente negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti et ignorans usucepisti ... Vom Geschäftsführer ist dasselbe zu sagen wie vom Tutor. Vgl. auch D. 41, 7 l. 5 Pr.

Ferner wird als die Ersitzung hindernd stets nur schlechtweg das Scire rem alienam esse bezeichnet, nie angedeutet, daß dem scire auch das fahrlässige nescire gleichgestellt sei. D. 41, 4 l. 2 § 17, l. 4 l. 7 § 4 und viele andere Stellen.

Das Gesagte muß für diese Abhandlung genügen, um die Ansicht zu rechtfertigen, daß die Anwesenheit des redlichen Bewußtseins, als welche wir die bona fides erkannt haben, keiner objektiven Rechtfertigung bedarf. Kurz sei bloß noch die Ansicht von Bruns zurückgewiesen, daß der Begriff bona fides bei den Verträgen und bei der Ersitzung der gleiche sei. Für die Widerlegung der Stellen, die er dafür anführt,

[1]) Stintzing, S. 67.

insbesondere D. 41, 4 l. 7 § 6 muß auf Hesse[1]) verwiesen werden. Es sei nur darauf hingewiesen, daß die Parteien, die einen Vertrag miteinander geschlossen haben, verpflichtet sind, bei der Erfüllung gegeneinander bona fide zu handeln, während es sich bei der Ersitzung darum handelt, daß ein unbekannter Dritter nicht geschädigt werde. Wenn Bruns[2]) behauptet, die bona fides der Verträge umfasse auch, daß gegen jeden dritten Außenstehenden durch den Vertrag nicht unredlich gehandelt werde, so muß hinsichtlich der Widerlegung dieser Behauptung auf Hesse verwiesen werden, der sich eingehend dazu geäußert hat[3]).

Erwägen wir noch, ob wirklich vom ethisch-rechtlichen Standpunkt aus es so unverzeihlich erscheint, die Ersitzung bei bloß subjektiver bona fides eintreten zu lassen. Stellt man sich einmal nicht auf den Standpunkt des geschädigten Eigentümers, sondern auf den des Erwerbers, so kann man fragen: Ist dieser nicht für eine etwaige Unüberlegtheit beim Erwerbe dadurch genug gestraft, daß das Eigentum nicht sofort auf ihn übergeht und er drei bzw. zehn Jahre lang noch in Gefahr ist, die Sache ganz zu verlieren und so einen empfindlichen Schaden zu erleiden? Andererseits erscheint der Zeitraum von drei bzw. zehn Jahren für den Eigentümer genügend zur Wiedererlangung der Sache, wenn er sich wirklich darum bemüht. Schließlich darf nicht unerwähnt bleiben, daß ja gestohlene Sachen von der Ersitzung ausgeschlossen waren. Der Kreis der gestohlenen Sachen war aber noch im Justinianischen Recht ein viel weiterer als jetzt, z. B. gehörten zu ihnen auch die unterschlagenen Sachen, die jetzt nicht einmal unter § 935 BGB. fallen.

Das Resultat, daß die bona fides ein rein subjektives Erfordernis ist, scheint demgegenüber in keiner Weise unbillig[4]).

---

[1]) Hesse, Bd. 58, S. 358.

[2]) Bruns, S. 88.

[3]) Hesse, Bd. 58, S. 357.

[4]) Übereinstimmend hiermit: Hesse, Karlowa, Sintenis, Stintzing, Ungar, Stahmer. Anderer Ansicht außer den oben angeführten auch Leonhard in Pauly-Wissowa, Bd. 3, Sp. 694—96.

Nachdem festgestellt worden war, daß die bona fides kein positives Erfordernis der Ersitzung bildet, vielmehr ein negatives, derart, daß ihr Nichtvorhandensein die Ersitzung hindert, ergibt sich von selbst die Stellung zu der Frage, wem der Beweis oder Gegenbeweis derselben aufzuerlegen ist, ob dem Ersitzer oder demjenigen, der das Eigentum der Sache für sich in Anspruch nimmt. Da das Fehlen der bona fides eine Ausnahme von der Regel der Ersitzung macht, hat der Gegner dies zu beweisen. Bekräftigt wird dieser Schluß durch die Stelle C. 8, 44 l. 30 non ex eo quod duplam a matre tua mancipium comparavit evictionis nomine stipulatus est, alienae rei concientia convincitur, nec opinio eius ex hoc laeditur, ut malae fidei emptor existimetur. Aliis itaque hoc indiciis, si vis, probare debes[1]).

§ 7.

Von größter Wichtigkeit ist die Frage, wann die bona fides beim Ersitzenden vorhanden sein muß[2]). Es kann nach dem Wesen und der Funktion der bona fides nicht zweifelhaft sein, daß es auf ihr Vorhandensein lediglich im Augenblick des Erwerbes der Sache ankommt, eine nachfolgende Kenntnis des Sachverhalts ohne Einfluß sein muß. Bestätigt wird dieser Satz durch D. 41, 1 l. 48 § 1: in contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos capiam. Ferner C. 7, 31 l. una § 3 und D. 41, 4 l. 2 § 13.

Grundsätzlich ist die bona fides nur für den Moment des Besitzerwerbs, nicht für den des Vertragsabschlusses erforderlich. Davon macht der Kauf eine Ausnahme, die jedoch nicht unbestritten ist. Denn einerseits ist in das Corpus iuris eine Stelle aufgenommen, in welcher Sabinus und Cassius und mit ihnen Ulpian behaupten, daß auch für

[1]) Vgl. zur bona fides auch Leonhard in Pauly-Wissowa, Bd. 3, Sp. 694—96.

[2]) Windscheid, Bd. 1, § 177, S. 919; Unterholzner, Bd. 1, S. 323 ff.; Scheurl, S. 63; Schirmer, Bd. 15, S. 291.

den Kauf keine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip zu machen sei. D. 41, 3 l. 10 Pr. Andererseits fordert Paulus bona fides auch für den Augenblick des Kaufabschlusses, und diese Ansicht ist als die von Justinian gebilligte anzusehen[1]). D. 41, 3 l. 48: in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur, ferner D. 41, 4 l. 2 Pr.

Jedenfalls ist aber diese Ausnahme für das Justinianische Recht auf den Kauf zu beschränken. Eine Ausdehnung auf andere Verträge, wie sie Puchta[2]) annimmt, ist besonders in Hinsicht des Satzes: Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus . . . (in D. 41, 4 l. 2 Pr.) als unzulässig zu verwerfen[3]).

Im Justinianischen Recht war es anerkannt, daß die einmal begonnene, aber noch nicht vollendete Ersitzung vom Rechtsnachfolger fortgesetzt werden konnte. Es fragt sich, ob der Rechtsnachfolger seinerseits etwa auch im guten Glauben sein mußte. Da der Erbe vollständig in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt, gewissermaßen mit dem Erblasser eine Person bildet, und auch der Besitz, der ja nicht ipso iure auf den Erben übergeht, hinsichtlich der Ersitzung nicht als unterbrochen angesehen wird, so ist klar, daß die mala fides des Erben ohne Bedeutung ist, ebenso wie es die mala fides des Erblassers sein würde, wenn sie jetzt einträte. Weiter ergibt sich daraus, zusammen mit dem Satz nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest, daß der Erbe, mag er auch in bona fide sein, eine Ersitzung nicht beginnen kann, wenn der Erblasser beim Erwerb einer Sache in mala fide war[4]). Bestätigt finden wir diese Sätze in I. 2, 6 § 12, C. 7, 31 l. una § 3, D. 41, 4 l. 2 § 19, D. 41, 3 l. 43 Pr.

---

[1]) Dernburg, Bd. 1, § 220, S. 514; Karlowa, S. 394.

[2]) Puchta, Inst. 2, S. 209 Anm. nn.

[3]) Windscheid, Bd. 1, § 177, S. 918/19; Scheurl, Bd. 2, S. 64; Stahmer, S. 24; Brinz, Bd. 1, § 161, S. 633.

[4]) Windscheid, Bd. 1, § 181, S. 931; Dernburg, Bd. 1, § 221, S. 516; Fitting, Bd. 52, S. 251; Stahmer, S. 21 ff.

Geht der Ersitzungsbesitz auf Grund eines Rechtsgeschäfts über, so kommt dem Erwerber ebenfalls die Ersitzungszeit seines Vormannes zugute. I. 2, 6 § 13: inter venditorem quoque et emptorem coniungi tempora divus Severus et Antoninus rescripserunt. Ferner D. 41, 4 l. 2 § 20, § 17, C. 7, 33 l. 11.

Was schließlich die außerordentliche Ersitzung anbetrifft, bei welcher ja jedes objektive Moment fehlen darf, so liegt nach den Quellen kein Grund vor, für sie eine andere Definition der bona fides zu geben, als für die ordentliche Ersitzung. Daß hier die Abwesenheit des Bewußtseins, mit dem Erwerb eine Unredlichkeit zu begehen, eine allgemeinere Ausdehnung auf alle etwa vorhandenen Mängel des Erwerbsaktes haben muß, da das Vorliegen irgendwelcher die Aneignung rechtfertigender Tatsachen nicht gefordert ist, erscheint selbstverständlich. Andererseits birgt diese Ausdehnung nicht das Erfordernis eines Putativtitels, denn es ist zu bedenken, daß ja der Gegner des Ersitzers einmal den Mangel und ferner die Kenntnis des Ersitzers davon zu beweisen hat. (Die erwähnte Ansicht von Brinz ist also damit nachträglich widerlegt.) Hingewiesen sei nur auf die Inkonsequenz derer, die, wie Dernburg[1]), für die bona fides bei der ordentlichen Ersitzung Objektivität fordern, bei der außerordentlichen aber nicht.

Fassen wir das Ergebnis noch einmal kurz zusammen: Die bona fides ist ein subjektives Erfordernis, und zwar besteht sie in einem negativen Zustande des Bewußtseins, sich darstellend in der Regel als die Unkenntnis vom Mangel des Erwerbsaktes. Sie ist rein subjektiv, Objektivität ist nicht erforderlich. Sie ist ein Erfordernis des Besitzerwerbs, mala fides superveniens non nocet.

§ 8.

Gehen wir nunmehr zurück auf die Zeit vor Justinian, um zu bestimmen, nach welchen Schwankungen die Rechts-

[1]) Dernburg, Bd. 1, § 222, S. 519.

entwicklung zu dem soeben festgestellten Resultat gekommen ist, so ist, wie schon erwähnt, der vollständige Mangel einer direkten Überlieferung von Bestimmungen aus der älteren, insbesondere der republikanischen Zeit, welche bona fides und Titulus ausdrücklich erwähnen, zu konstatieren. Die zwölf Tafeln enthielten nach dem Zeugnis Ciceros den Satz: Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus[1]). Dieser Satz hat die verschiedensten Auslegungen und Erklärungsversuche erfahren; insbesondere ist behauptet worden, daß darin primär nur eine Bestimmung über die Gewährsfrist des Verkäufers getroffen werde[2]) oder daß darin eine Beweisregel für den Eigentumsbeweis zu sehen sei[3]). Doch ist die durchaus herrschende Meinung[4]), daß in jenem Satz die Geltung der Ersitzung ausgesprochen werde; aber er gibt jedenfalls nur eine Bestimmung über die Ersitzungsfrist und andere Sätze, die von Cicero und Gaius überliefert sind[5]), beschäftigen sich nur mit der Festsetzung von res inhabiles. Desgleichen die lex Atinia, die lex Julia et Plautia und die lex Scribonia[6]). Zwar Karlowa[7]) will aus dem Worte „usus“ allein schon die Folgerung ziehen, daß auch nach den zwölf Tafeln schon insbesondere der Titulus zur Ersitzung erforderlich gewesen sei, unter Hinweis darauf, daß usus mehr bedeute als den bloßen Besitz, vielmehr die Ausübung des Eigentumsinhalts sei und daß damit eine objektive Grundlage als gegeben vorauszusetzen sei; doch wird diese Begründung ohne einen anderen Anhaltspunkt nicht als ausreichend betrachtet werden können. Im Gegensatz dazu wird für die Behauptung, daß entweder sowohl bona fides wie Titulus oder eines von beiden Erfordernissen dem älteren Rechte vollständig unbekannt sei, angeführt, daß

[1]) Bruns, Fontes, S. 25.

[2]) Mommsen, siehe bei Puchta, Inst., S. 202, § 239, Anm. b.

[3]) Klein, S. 263.

[4]) Über die einzelnen Erklärungen siehe bei Puchta, Inst., S. 202, § 239, Anm. b und Karlowa, Bd. 2, S. 387.

[5]) Bruns, Fontes, S. 23, 27, 33.

[6]) Reinhardt, S. 56 ff.

[7]) Karlowa, S. 389.

uns von Gaius noch Arten der Ersitzung überliefert werden, bei denen teils bona fides teils titulus nicht erforderlich ist[1]).

Nehmen wir jedoch zunächst einmal das Gegenteil an; ziehen aber in Betracht, daß eine ausdrückliche Bestimmung immerhin nicht existierte, so scheint es natürlich, daß der Richter nach Ermessen bei besonderer Lage der Fälle von dem Vorhandensein eines Erfordernisses absah, sei es, daß die Lage des Ersitzenden es rechtfertigte, sei es, daß andere rechtspolitische Zwecke damit verbunden wurden. Eines oder das andere ist aber in allen von Gaius im zweiten Buch seiner Institutionen §§ 52—64 überlieferten Abarten der Ersitzung der Fall. Es sind dies die usucapio pro herede und die usureceptiones[2]). Pro herede konnte jeder ersitzen, der Erbschaftssachen in Besitz nahm, solange der Erbe die Erbschaft nicht angetreten hatte. Und zwar trat nach älterem Recht alsdann eine Ersitzung der ganzen Erbschaft ein, derart, daß der Ersitzer vollständig in die Stellung eines Erben einrückte und ihm auch die Verpflichtungen des Erblassers zur Last fielen. Und ein neues Subjekt für diese Verpflichtung an Stelle des Erblassers zu setzen, war der Zweck dieser usucapio. Später änderten sich die Wirkungen der usucapio pro herede, und es wurden nur noch die einzelnen in Besitz genommenen Sachen ersessen, aber immer noch von jedem Dritten, der sich vollbewußt war, daß ihm die Sachen nicht zukamen. Der Zweck war, den Erben zu möglichst baldigem Antritt zu bewegen, also ungefähr der gleiche wie vorher. Von den usu receptiones sei nur beispielsweise die usu receptio fiduciae causa besprochen, um zu zeigen, daß auch bei ihnen besondere Umstände vorlagen. Wem eine Sache fiduciae causa manzipiert worden war, übernahm die Verpflichtung, sie unter bestimmten Umständen an den Veräußerer zurückzuübertragen. Kam nun der Veräußerer in den Besitz der Sache, ohne daß eine Eigentumsrückübertragung erfolgt war, so ersaß er sie. Der Grund ist, daß in diesem

[1]) Insbesondere Stintzing, S. 8 ff.

[2]) v. Scheurl, S. 37 ff.; Stintzing, S. 14 ff.; Puchta, Inst., S. 207, § 239.

Fall kein dauernder Wechsel der Eigentumsverhältnisse beabsichtigt war, und also anzunehmen ist, daß die Parteien damit einverstanden sind, daß der frühere Zustand auch rechtlich wieder eintritt, wenn er tatsächlich wieder hergestellt ist.

Wenn also irgendwelche Erwägungen es wahrscheinlich machen, daß auch schon die Ersitzung der 12 Tafeln bona fides und titulus erfordert habe, so gibt das Fehlen dieser Erfordernisse bei den soeben beschriebenen Ersitzungsarten keinen Grund dagegen ab; denn es ist nicht mit Notwendigkeit zu schließen, daß sie Überbleibsel des ursprünglichen Zustandes darstellen.

Man wird nun untersuchen, welche Zwecke die Ersitzung im vorjustinianischen Recht erfüllte, insbesondere aus welchem Bedürfnis heraus die Ersitzung wohl geschaffen sein kann, und ob man daraus schließen kann, daß bona fides und titulus schon zur Zeit der 12 Tafeln notwendig zur Ersitzung waren. Gaius überliefert uns, daß noch zu seiner Zeit die Ersitzung zweierlei Funktionen zu erfüllen hatte, einmal wie im Justinianischen Recht den Ausgleich des materiellen Mangels eines Eigentumserwerbsaktes, ferner aber auch die Heilung eines nur formellen Mangels, und zwar nennt er letzteres an erster Stelle. Buch II, § 40.

Im Römischen Recht bestand nämlich schon zur Zeit der 12 Tafeln die Scheidung aller Gegenstände in res mancipi und res nec mancipi[1]). Während an ersteren das Eigentum nur durch solenne mancipatio oder in iure cessio übertragen werden konnte, genügte für die letzteren die formlose traditio. Bei etwas regerem Verkehr mußte es nun nicht allzu selten vorkommen, daß auch res mancipi nur tradiert, die schwerfälligen solennen Übereignungsformen nicht beachtet wurden. Es blieb daher formell die Sache Eigentum des Veräußerers, während dasselbe materiell dem Erwerber gebührte. Daß dieser Zwiespalt zu Streitigkeiten führte und einem unredlichen Gebahren des Veräußerers zu einer Zeit, da noch das

[1]) J. 2, 1 § 41.

strikte Recht die Herrschaft hatte, Tür und Tor öffnete, kann nicht zweifelhaft sein. Es hat nun sicherlich sehr viel für sich, wenn man annimmt, das Institut der Ersitzung sei geschaffen worden, um jenen unhaltbaren Zuständen wenigstens nach einem gewissen Zeitablauf ein Ende zu machen. Eine natürliche organische Fortentwicklung ist es dann, wenn man den Wirkungskreis des einmal geschaffenen Rechtsinstituts darauf ausdehnte, daß auch gewisse materielle Mängel des Übertragungsaktes geheilt werden konnten[1]). Für diese Entwicklung sprechen auch die außerordentlich kurzen Ersitzungsfristen von 1 und 2 Jahren, die jedoch für die erste Art der Ersitzung vollkommen angemessen sind; was also darauf hindeutet, daß jene Ersitzung die frühere gewesen sei.

§ 9.

Während sie nun im allgemeinen für die spätere Zeit als ein Institut mit singulärem, begrenztem Zwecke sich darstellt, und daher bei der Feststellung der Erfordernisse von bona fides und titulus ebenso wie die usucapio pro herede und die usureceptiones außer Betracht zu lassen ist, so interessiert uns doch der Tatbestand, der ihr zugrunde liegt, insofern sehr, als anzunehmen ist, daß sich die den materiellen Erwerbsakt ergänzende Ersitzung in ihren Anforderungen aufs engste an ihn angeschlossen hat. Nun hat ja jene Ursitzung, wie sie zum Unterschied genannt sein möge, nur den Zweck, den Mangel zu heilen, daß eine res mancipi nach der nur für res nec mancipi zulässigen formlosen Weise veräußert worden war. Letzterer Akt mußte aber fehlerlos sein, und da zu jener Zeit die traditio nicht abstrakt war, so mußte stets das materielle Veräußerungsgeschäft gültig vorhanden sein, und das wird sich für die älteste Zeit ganz überwiegend als Kauf dargestellt haben, so daß also an Stelle des formellen Kaufes, der mancipatio, der materielle Kauf getreten ist. Als man nun eine Ersitzung auch zuließ, wenn eine Sache, sei es res mancipi oder nec mancipi, vom Nicht-

[1]) So v. Scheurl, S. 30,32; Klein, S. 406/7; Reinhardt, S. 42/43.

eigentümer übertragen wurde, also über einen Mangel des materiellen Geschäfts hinwegsah, wird man doch auf die anderen Erfordernisse um so strenger gehalten haben. Es ist also anzunehmen, daß auch die älteste Zeit schon das objektive Erfordernis des Titels gekannt hat, und daß es in den 12 Tafeln nicht ausdrücklich genannt wurde, weil es selbstverständlich war. Natürlich aber ist, daß der Titel nicht sofort die volle Ausgestaltung hatte, sondern daß erst allmählich die einzelnen Veräußerungsgeschäfte die Kraft erhielten, einen Ersitzungstitel darzustellen[1]). Daß diese Ausgestaltung durch die Publiciana in rem actio, die bekanntlich den Ersitzer vor der Vollendung der Ersitzung schützt, wesentlich gefördert worden ist, kann man wohl annehmen; aber verkehrt scheint es, zu behaupten, daß erst durch sie das Erfordernis des Titels auch für die Ersitzung eingeführt worden sei, wie es z. B. Stintzing[2]) tut. Da nicht zu leugnen ist, daß die Publiciana auf der Ersitzung beruht, und daß für sie eine justa causa possessionis erforderlich ist, so kommt er zu der Behauptung, der Titel könne nur den besonderen Rücksichten, die der Prätor auf die Billigkeit nahm, entsprungen sein[3]). Welcher zwingende Grund aber ist dafür anzuführen, daß das Zivilrecht einer solchen Billigkeitsrücksicht durchaus unzugänglich gewesen sei?

Es ist also daran festzuhalten, daß der Titel von der Ersitzung auf die Publiciana übertragen worden ist.

Was nun die damaligen Erfordernisse des Titels betrifft, so werden sie tatsächlich mit denen des justinianischen Titels vollständig übereinstimmen, soweit sich die einzelnen Titel überhaupt schon durchgesetzt hatten. Stellen wir aber dabei die justa causa usucapionis mit der justa causa possessionis in Vergleich, so besteht ja für das justinianische Recht zwischen beiden keine Identität, besonders infolge des abstrakten Charakters, den die traditio angenommen hatte. Im früheren Recht aber war, wie schon erwähnt, auch die

[1]) Karlowa, S. 391.
[2]) Stintzing, S. 49.
[3]) So auch Mayer, S. 109.

traditio nur in Verbindung mit einem materiellen Übereignungsgeschäft fähig, das Eigentum zu übertragen. Man wird daher unbedenklich behaupten können, daß im älteren Recht der Titel in solchen Vorgängen bestand, die abgesehen von dem Mangel im Recht des Veräußerers geeignet waren, Eigentum übergehen zu lassen, daß also causae possessionis und causae usucapionis in den äußeren Vorgängen übereinstimmten[1]), wobei jedoch zu beachten ist, daß mancipatio und in iure cessio hier nicht als solche in Betracht kommen, sondern nur insoweit, als sie die Übergabe der Sache auf Grund eines Veräußerungsgeschäftes darstellen.

Wir haben nun festgestellt, daß im justinianischen Recht die Ersitzung ausnahmsweise zugelassen war, wenn ein Titel nicht vorlag, jedoch der Ersitzende irrig an das Vorhandensein eines solchen glaubte, und aus verschiedenen Fragmenten der Digesten geht hervor, daß dieses Surrogat des Titels zeitweise eine bedeutendere Rolle gespielt haben muß. (Insbesondere D. 41, 3 l. 27 und 41, 8 l. 9.)

Der ältesten und auch noch der republikanischen Zeit ist aber wohl der Putativtitel gänzlich fremd. Wenn wir wiederum den Ursprung der Ersitzung ins Auge fassen, werden wir annehmen müssen, daß das ältere Recht die Ersitzung nur zugelassen hat, wenn objektiv ein vollgültiger Erwerbsakt vorlag. Das Eindringen des Putativtitels hat vielleicht seinen Ausgang genommen von einer fälschlichen Ausdehnung der bona fides auch auf den Erwerbsakt selbst, und wir finden ja diesen Ausdruck, wie oben erwähnt, für den Putativtitel vor. Das erste Auftreten ist wohl in die Anfänge unserer Zeitrechnung zu setzen[2]). Proculus wenigstens vertritt die Ansicht, daß ein Putativtitel genüge (ob als erster ist nicht zu entscheiden). D. 23, 3 l. 67. Bald aber trat eine Reaktion ein, denn Cassius, Javolenus und Celsus, insbesondere letzterer bekämpfen die Zulassung des Putativtitels, D. 41, 3 l. 27. Dann aber kommt eine Zeit, ungefähr

[1]) Fitting, Bd. 52, S. 410.
[2]) Fitting, Bd. 52, S. 416—18; Klein, S. 300.

mit dem 200. Jahrhundert n. Chr. zusammenfallend, in der die Juristen ihn allgemein anerkannten, so Neratius (D. 41, 10 l. 3 und l. 5), Julianus, Africanus (D. 41, 4 l. 11), Pomponius (D. 41, 10 l. 3, l. 4) wahrscheinlich auch Gaius, da in seinen Institutionen von einem iustus titulus überhaupt nicht gesprochen wird. Die klassischen Juristen jedoch, Papinianus usw., kehren im allgemeinen wieder zu dem ursprünglichen Standpunkt zurück, daß ein verus titulus notwendiges Erfordernis der Ersitzung sei. Doch machen Paulus, Ulpian und Hermogenian Ausnahmen, wenn ein tatsächlicher aber rechtlich nicht gültiger Akt vorliegt.

§ 10.

Der Titel hat also im vorjustinianischen Recht nicht unbeträchtliche Schwankungen durchgemacht. Betreffs der bona fides ist es nun wiederum nötig, auf die Urersitzung zurückzugehen. Während die bona fides bei der eigentlichen Ersitzung sich bezieht auf das Eigentum oder Nichteigentum des Veräußerers, kann ja davon bei der Urersitzung nicht die Rede sein, da bei ihr stets der Veräußerer Eigentümer ist. Auch ist nicht wahrscheinlich, daß sonst eine bona fides etwa bezüglich der Qualität der Sache als einer res mancipi erforderlich war. Trotzdem jedoch und trotz des Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift der 12 Tafeln ist nicht anzunehmen, daß man geneigt war, die Ersitzung dem bewußt unredlich Handelnden zugute kommen zu lassen, vielmehr verlangte, daß ihm der Mangel seines Erwerbsaktes nicht bekannt sei[1]). Wann das Erfordernis ausdrücklich aufgestellt worden ist, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, jedenfalls geschah es vor Einführung der Publiciana. Dafür, daß aber zu irgendeiner Zeit der Begriff der bona fides ein anderer gewesen sei, als im Justinianischen Recht, besteht keinerlei Anhaltspunkt, insbesondere ist nicht überliefert, daß jemals eine Kontroverse darüber geherrscht habe,

[1]) Scheurl, S. 32/33; Karlowa, S. 392; dagegen Stintzing, S. 8 ff; Pernice, S. 152.

wie z. B. über den Putativtitel. Ebenso steht nichts der Annahme entgegen, daß stets der Satz mala fides superveniens non nocet gegolten habe. Karlowa[1]) will allerdings aus C. 7, 31 lex una § 3 und D. 6, 2 l. 11 § 3 schließen, daß bei den lukrativen Ersitzungen vor Justinian die mala fides superveniens die Ersitzung unterbrochen habe. Doch scheint es äußerst zweifelhaft, daß in der erstgenannten Stelle mit den kurzen Schlußworten licet ex titulo lucrativo ea coepta est ein Satz des bisherigen Rechts außer Geltung gesetzt werden sollte. Auch aus 6, 2 l. 11 § 3 den besagten Schluß zu ziehen, scheint sehr gewagt. Da sonst keine Überlieferung einer solchen doch sehr bedeutenden Ausnahme besteht, wird man sie in das Reich der Vermutungen verweisen müssen. Die bona fides war also auch vor Justinian nur ein Erfordernis des Besitzerwerbs. Nur die Ausnahme, die im Justinianischen Recht von diesem Satze für den Kauf gemacht ist, war, wie schon oben angedeutet, eine Zeitlang beseitigt, und zwar sind es in der ersten Kaiserzeit Sabinus und Cassius gewesen, die auch für den Kauf bona fides nur im Augenblick der Tradition forderten, in der klassischen Zeit hat nur Ulpian ihre Ansicht übernommen. D. 41, 3 l. 10 Pr.

Was die Frage anbetrifft, wie sich das Erfordernis der bona fides gegenüber der successio in usucapionem und der accessio temporis verhält, so haben jedenfalls, sobald sich jene Institute in dem Umfange durchgesetzt hatten wie im Justinianischen Recht, keine anderen Grundsätze wie dort geherrscht.

§ 11.

Wir kommen nunmehr dazu, zu untersuchen, welche Veränderungen titulus und bona fides in der Entwicklung seit Justinian erfahren haben[2]). Die erste Gesetzgebung der römischen Kaiser nach Justinian, überliefert in den Novellen,

[1]) Karlowa, S. 402.

[2]) Unterholzner, Bd. 1, S. 329—31; Moellenthiel, S. 111 ff.; Hildenbrand, Bd. 36, S. 27 ff.; Stahmer, S. 42 ff.

hat das Institut der Ersitzung und seiner Erfordernisse unberührt gelassen. Erst im kanonischen Recht hat sich eine Wandlung von erheblicher Bedeutung vollzogen. Die Ersitzung wurde zunächst, wie vieles andere, unverändert aus dem Justinianischen Recht in das kanonische übernommen. Auch sind überhaupt der Titel und der Begriff der bona fides an sich von der kirchlichen Gesetzgebung unberührt geblieben; jedoch das Wesen der bona fides hat eine bedeutsame Änderung erfahren. Während nach Justinianischem Recht die bona fides ein Erfordernis lediglich des Besitzerwerbs ist, also nur in einem bestimmten Zeitpunkt vorhanden sein muß, wird sie im kanonischen Recht zu einem Erfordernis der ganzen Besitzdauer bis zur Vollendung der Ersitzung.

Noch Gratian lehrte für die Ersitzung unverändert den Satz mala fides superveniens non nocet.

Decretum gratianum c. 16 C. 16 qu. 3 (VIII. pars § 1) bona vero fides non ad tractum medii temporis sed ad initium possessionis refertur. Sufficit enim in initio cuique bona fide possidere coepisse, etiamsi medio tempore scientiam rei alienae habuerit. Nach Meinung verschiedener Schriftsteller wurde die Wandlung eingeleitet durch zwei, angeblich gefälschte Dekretalen, nämlich: C. 3 X De praecriptionibus (2, 26) und C. 5 X eodem[1]).

Doch ist von Reich[2]) bestritten worden, sowohl daß jene Stellen gefälscht seien, als auch daß sie überhaupt von der mala fides superveniens lauten, und in der Tat ist ein solcher Sinn nur mit einiger Schwierigkeit aus ihnen herauszulesen. Ganz unzweifelhaft aber spricht den Satz mala fides superveniens nocet ein Beschluß des vierten Lateranskonzils von 1216 aus.

C. 20, X. De praescriptionibus (2, 26) quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam

[1]) Hildenbrand, Bd. 36, S. 27 ff.
[2]) Reich, S. 36/37 und 40 ff.

canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni et consuetudini derogandum quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Nach Meinung Hameaux'[1]) bezieht sich die Bestimmung nur auf die longissimi temporis praescriptio, also bezüglich der Ersitzung nur auf die sogenannte außerordentliche. Diese Ansicht ist nicht richtig; denn wenn auch die Kirche gegen sich selbst nur die langfristige Ersitzung anerkennt, so sollen ihre Vorschriften doch auch für die Ersitzung inter privatos gelten, und es wäre sinnlos, wenn jene erschwerende Bestimmung nur für die außerordentliche Ersitzung gelten sollte, welche, abgesehen von dem Erfordernis der längeren Zeit, möglichst erleichtert ist, und nicht auch für die ordentliche. Jedenfalls ist doch der Canon 20 als Gegenstück zu dem Diktum Gratians zu betrachten, in dem ganz unzweifelhaft die ordentliche Ersitzung einbegriffen ist, wenn sie auch schon unter den allgemeinen Rahmen der Verjährung gebracht ist: c. 16, C. 16, q. 3 (VIII. pars) qui enim bona fide et iusto titulo rem praesentis per decennium, absentis vero per vicennium tenuerit . . .

Wie leicht denkbar ist, setzte sich eine so einschneidende Änderung nicht sofort in der Praxis durch, besonders mögen sich die weltlichen Gerichte nicht sobald gefügt haben. Noch die Glossa Ordinaria zum Canon 20 kommt daher zu dem Schluß: Et ideo Canon voluit propter periculum animarum in hoc leges corrigere, licet non servetur in iudicio saeculari. Doch erkannte auch die weltliche Praxis die Korrektur des Justinianischen Rechts bald an[2]).

Forschen wir nun nach, auf welche Weise sich der gute Glaube des Ersitzenden in mala fides verkehrt, so sagt uns der Canon 20: Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Für die bona fides des Besitzerwerbs sollen damit offenbar die Anforderungen gegen das Justinianische Recht

[1]) Hameaux, S. 145 ff.

[2]) Hildenbrand, Bd. 36, S. 42 ff.; Horn, S. 38.

nicht geändert sein; die Fortdauer des guten Glaubens aber soll ausgeschlossen sein durch das Bewußtsein, die positive Überzeugung, daß die Sache eine fremde sei[1]). Bloße Zweifel, auch wenn sie eine ernstliche Erschütterung des Glaubens des Besitzers zur Folge haben sollten, können danach nicht genügen; auch eine fahrlässige Unkenntnis führt keine mala fides herbei[2]).

Eine unabweisbare Folge des Satzes mußte es sein, daß der Unterschied in der Behandlung des Erben und des Singularsuccessors betreffs der Fortsetzung der Ersitzung bedeutend verloren hat[3]). Einmal schadet dem Erben auch jetzt noch die mala fides des Erblassers. Sonst ergibt sich aber ein Unterschied nur daraus, daß, wie gesagt, Zweifel dessen, der schon im Besitz ist, nicht den Einfluß haben, wie desjenigen, der ihn erst erwirbt. Der Erbe aber setzt den Besitz des Erblassers nur fort. Der Singularsuccessor dagegen erwirbt ihn neu (er darf sich nur die Besitzzeit des Vorgängers anrechnen).

Den Beweis der mala fides superveniens muß, wie den Beweis der mala fides überhaupt, derjenige führen, der bestreitet, daß die Ersitzung stattgefunden habe.

§ 12.

Wie schon in der Einleitung bemerkt wurde, war dem Deutschen Recht das Institut der Ersitzung fremd[4]). Man darf sich dabei nicht dadurch irre machen lassen, daß die rezipierte römischrechtliche Ersitzung in deutschen Rechtssatzungen unter dem Ausdrucke „rechte Gewere“ vorkommt[5]). Eine der Ersitzung ähnliche Form hatte die Verschweigung des Berechtigten an Liegenschaften angenommen. Wenn nämlich jemandem ein Grundstück gerichtlich aufgelassen

[1]) Moellenthiel, S. 118.
[2]) Dernburg, Bd. 1, § 220, S. 515; Arndts, § 166, S. 295.
[3]) Dernburg, Bd. 1, § 221, S. 516.
[4]) Brunner, S. 189.
[5]) Meyer, Entwerung und Eigentum, S. 153.

worden war, erhielt er an demselben die rechte Gewere, und zwar sofort, wenn der Berechtigte im Thing anwesend war und keine Einsprache erhob, anderenfalls, wenn binnen Jahr und Tag keine Ansprüche geltend gemacht wurden[1]). Die Wirkung der rechten Gewere aber war nicht in allen Rechten die gleiche. Nach Fränkischem Recht gab sie dem Besitzer allerdings das Eigentum, indem derselbe außer der rechten Gewere nichts zu beweisen hatte, um gegen alle Angriffe Dritter geschützt zu sein[2]). Nach Sächsischem Recht dagegen gewährte sie nur prozessuale Vorteile.

Aber auch wo sie Eigentum verschaffte, trägt doch dieses ganze Rechtsinstitut vielmehr den negativen Charakter der Rechtsverschweigung[3]) als den des Eigentumserwerbs, so daß wir es mit dem, was wir im Römischen und heutigen Recht unter Ersitzung verstehen, nicht in Vergleich stellen können. Es trägt vielmehr einen dem heutigen Aufgebot ähnlichen Charakter.

Prüfen wir die Verschweigung auf die Erfordernisse guter Glaube und Titel, so kann nur von dem letzteren die Rede sein, und zwar ist es nur ein Akt, nämlich die gerichtliche Auflassung, die in Betracht kommt[4]). Jedoch wird von mehreren behauptet, daß auch die private Übertragung die rechte Gewere zur Entstehung bringe[5]).

Einen Einfluß hat die deutschrechtliche Verschweigung nur hinsichtlich der Fristen im Sächsischen Partikularrecht auf die Ersitzung ausgeübt[6]). Und ferner hat sie den Anlaß gegeben, daß die Ersitzung eine falsche Stellung im System erhielt, nämlich unter die Verjährung eingereiht wurde. So schon im kanonischen Recht, dann im ALR. und im österreichischen BGB.

[1]) Heusler, Bd. 2, § 97, S. 105.

[2]) Heusler, S. 107.

[3]) Gierke, Bd. 2, § 127, S. 458.

[4]) Heusler, Bd. 2, § 97, S. 105; Gierke, Bd. 2, § 113, S. 197; Albrecht, S. 104/5.

[5]) Stobbe, Bd. 2, § 112, S. 427.

[6]) v. Gerber, § 88, S. 157.

Die Ersitzung wurde mit dem Römischen Recht schon sehr früh in Deutschland rezipiert[1]), und zwar wurde grundsätzlich das Justinianische Recht aufgenommen, jedoch mit der Modifikation, die das kanonische Recht hinsichtlich der bona fides eingeführt hatte.

Bei der Feststellung des Begriffs und des Wesens von bona fides und titulus für das Justinianische Recht ist schon hervorgetreten, wie mannigfaltig die Ansichten darüber waren, was für das gemeine Recht bezüglich der beiden Erfordernisse Rechtens sei. Alle jenen Ansichten, bei denen scharfe Gegensätze nur hinsichtlich der bona fides herrschen, fußen auf dem Justinianischen Recht. Sie wollen grundsätzlich nur das darstellen, was nach dem Corpus iuris zu gelten hatte. Wenn nun die einzelnen Bearbeiter in ihren Ansichten auch stark voneinander abwichen, und zeitweise die oder jene Richtung als herrschend zu bezeichnen waren, so sind doch darin immerhin keine Schwankungen der Rechtsentwicklung zu sehen; denn zu keiner Zeit bestand die Absicht, das herrschende Recht, nämlich das rezipierte Justinianische Recht abzuändern, sondern nur die, es den Quellen gemäß festzustellen. Als Schwankungen der Rechtsentwicklung treten jene abweichenden Ansichten erst in Erscheinung, insofern sie Einfluß gehabt haben auf die Kodifikationen der Partikularrechte und des BGB.

Wirkliche Schwankungen der Rechtsentwicklung sind nur in nebensächlichen Momenten festzustellen und sie gehen zurück auf die Veränderungen, welche das Römische Recht auf dem Gebiet der Rechtsgeschäfte durch die Rezeption erlitten hat. Hinsichtlich des Titels ist zu erwähnen, daß an Stelle des titulus pro soluto, welcher im Römischen Recht hauptsächlich den Fall der Zahlung auf Grund einer Stipulation bildet, jetzt eingenommen worden ist von der Leistung auf Grund der formlosen Verträge. Trotzdem hat der Titel auch im gemeinen Recht sein kasuistisches Gepräge nicht völlig abgestreift.

[1]) Meyer, Entwerung und Eigentum, S. 282/83 und 153.

Hinsichtlich der bona fides ist zu erwähnen, daß bezüglich des Zeitpunktes, in welchem die bona fides zuerst vorhanden sein muß, von Windscheid[1]) behauptet wird, daß die Sonderstellung, die der Kauf in dieser Beziehung im Römischen Recht einnimmt, für das gemeine Recht auf alle Rechtsgeschäfte auszudehnen sei, die auf sofortige Übereignung gehen. Da der Tausch nach gemeinem Recht dem Kauf völlig gleich behandelt wurde, so kann man hinsichtlich dieses Vertrages zustimmen[2]), betreffs der anderen jedoch besteht kein Grund für die Änderung.

§ 13.

Die Ersitzung des ALR. ist in jeder Beziehung eine Nachbildung der Ersitzung des gemeinen Rechts, wenn sie auch im 9. Abschnitt des 9. Titels (1. Teil) in das weitere Institut der Verjährung eingereiht ist. Die Verjährung durch Besitz, wie das ALR. sie nennt, weist alle Erfordernisse der Ersitzung des gemeinen Rechts auf, sämtlich soweit sie nicht überhaupt völlig übereinstimmen, in starker Anlehnung an das Römische Recht. Daß aber gerade die Anforderungen, die an Titel und guten Glauben gestellt werden, von der reinen Lehre des Römischen Rechts abweichen, kann bei der Verschiedenheit der Ansichten, die darüber herrschten, nicht verwundern. Die Fassung des Titels als eines zur Verschaffung des Eigentums an sich geeigneten Erwerbsgrundes, die für das gemeine Recht als ungenau zu verwerfen war, finden wir im ALR. gesetzlich festgelegt. I. 9 § 579: „Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen statt, wo jemand eine Sache oder Recht aus einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigentums geschickt ist, durch die in den Gesetzen bestimmte Frist ruhig und redlicher Weise besessen hat."

Das ALR. bezeichnet also als Ersitzungstitel schlechtweg solche Vorgänge, die ohne einen Mangel den Er-

[1]) Windscheid, Bd. 1, § 177, S. 919.
[2]) v. Scheurl, Bd. 2, S. 65.

werb des Eigentums herbeigeführt haben würden. In welcher Richtung dieser Mangel zu suchen ist, sagt uns der Ausdruck „an sich“. Aus ihm ist zu schließen, daß die gedachten äußeren Vorgänge selbst objektiv vorhanden sein müssen, daß in ihnen selbst der Mangel, der den Eigentumserwerb hindert, nicht liegen darf. Derselbe muß vielmehr in einer Eigenschaft der Sache zu suchen sein. Bei mittelbarem Erwerb kommt dafür nur in Betracht, daß die zu übertragende Sache dem Veräußerer nicht gehört oder er zur Veräußerung nicht berechtigt ist; für den unmittelbaren Erwerb ist keine solche einheitliche Feststellung möglich. Für die Occupation z. B. (I. 9 § 14 ff.) wird der Grund des Nichtüberganges des Eigentums derselbe sein, wie im Römischen Recht, nämlich daß die Sache vom Nichteigentümer derelinquiert ist, also nur scheinbar eine „verlassene“ und somit zur Occupation geeignete ist. Als Hauptfall kommt auch im ALR. der Fall in Betracht, daß die betreffende Sache vom Nichteigentümer übertragen wird. Es gilt also das oben gesagte auch hier.

Das Vorliegen eines materiellen Grundes beim derivativen Erwerb ist demnach für die Ersitzung auch nur im gleichen Maße erforderlich, wie für den sofortigen Eigentumserwerb. Es besteht für das ALR. nicht wie für das Römische und gemeine Recht der Unterschied zwischen titulus traditionis und titulus usucapionis. Ob also für die Ersitzung ein materiell den Eigentumserwerb rechtfertigendes Rechtsgeschäft erforderlich ist oder nicht, und ob dasselbe gültig sein muß oder nicht, ist identisch mit der Frage, wieweit solche Voraussetzungen für den Eigentumserwerb durch Tradition vorliegen müssen. Auf diese letztere bestrittene Frage, die besonders darauf hinausläuft, ob es im ALR. anerkannt ist, daß die bloße Willenseinigung den Übergang des Eigentums durch Tradition bewirkt, kann hier nicht näher eingegangen werden[1]). Es muß genügen,

[1]) Entgegengesetzter Ansicht darüber Dernberg, Bd. 1, § 238, S. 516 und Förster-Eccius, Bd. 3, § 178, S. 253.

daß auf die Bedeutung dieser Frage für den Ersitzungstitel hingewiesen wird. Um Unklarheiten zu vermeiden, ist zu erwähnen, daß der Erwerb dinglicher Rechte, insbesondere des Eigentums im ALR. unter der Lehre von titulus und modus acquirendi steht. Das ALR. fordert für jeden Eigentumserwerb eine äußere Handlung, den modus, und einen „gesetzlichen Grund, vermöge dessen diese äußere Handlung die Kraft hat, daß durch sie das Eigentum erworben werden kann", den titulus acquirendi. ALR. I. 9 § 1 und 2. Bezüglich der Ersitzung ist dieser Titel von dem, was in dieser Abhandlung als Ersitzungstitel bezeichnet ist, verschieden; denn er wird in jedem Falle gebildet nicht nur von einem der gewöhnlichen Eigentumserwerbstitel, sondern er umfaßt außerdem die gesetzliche Bestimmung, daß der ruhige und redliche 10jährige Besitz auf Grund eines solchen Titels das Eigentum verschafft, wenn derselbe aus einem der bezeichneten Gründe nicht geeignet war, sofort das Eigentum zu verschaffen.

Welche Stellung nimmt nun das ALR. zum Putativtitel ein? Ein solcher besteht, um es kurz zu wiederholen, darin, daß die Vorgänge, die einen Titel ausmachen, in Wirklichkeit nicht existieren, vielmehr von dem Besitzer nur irrigerweise angenommen werden, oder daß zwar tatsächlich Vorgänge vorliegen, die jedoch aus einem anderen Grunde als wegen des fehlenden Eigentums des Veräußerers, z. B. wegen mangelnder Dispositionsfähigkeit, rechtlich nicht wirksam sind, während ihnen vom Besitzer rechtliche Wirksamkeit irrig beigelegt wird. Die Ansicht, daß ein solcher Putativtitel, wie im Römischen Recht eingeschränkt durch das Erfordernis der Entschuldbarkeit des Irrtums, nach ALR. zur Ersitzung ausreichend sei, ist in der Literatur sehr verbreitet[1]). Zum Beweise wird auf die Bestimmungen hingewiesen, die das ALR. hinsichtlich des Erbschaftstitels in § 617 getroffen hat, indem behauptet wird, hier handele es sich um einen

[1]) Dernburg, Bd. 1, § 174, S. 400; Gruchot, Bd. 7, S. 617; Baron, S. 123 ff.

Putativtitel und § 617 sei nur die Konsequenz der allgemeinen Zulassung des Putativtitels[1]). Demgegenüber möchte ich aber in § 617 nur eine Erklärung und authentische Feststellung des titulus pro herede, und zwar des verus titulus, für das ALR. sehen, die gegenüber der Unklarheit, die im Justinianischen Recht darüber herrschte, sehr angemessen erscheint. § 617 bestimmt, daß ein Ersitzungstitel vorliege, wenn ein Erbe eine im Nachlaß vorgefundene Sache auf Grund seines Erbrechts in Besitz nehme. Erbfall und Erbrecht des Besitznehmers, die an sich geeignet sind, demselben das Eigentum an den Sachen des Erblassers zu geben, sind tatsächlich vorhanden; hinderlich ist nur die Eigenschaft der Sache, daß sie dem Erblasser nicht gehört hat. Der Fall weist also alle Merkmale des verus titulus auf. Wenn nun § 617 sagt, der Erbe bedürfe sonst keines besonderen Titels, so scheint das allerdings überflüssig; aber notwendig im Hinblick darauf, daß der Erbe nach Römischem Recht infolge seiner besonderen Stellung und des Satzes „nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest" an Sachen, die schon im Besitz des Erblassers waren, nur die Ersitzung fortsetzen, nicht beginnen konnte. Sobald Erbe und Erblasser nicht mehr so unbeschränkt als eine Person angesehen werden, muß der titulus pro herede unbedingt die in § 617 fixierte Form annehmen. In § 617 ist demnach keine Zulassung eines Putativtitels zu sehen. Aber selbst wenn in § 617 ein solcher zugelassen wäre, müßte man in einer solch vereinzelten Anführung eher die Statuierung einer Ausnahme von der Regel, daß ein titulus verus erforderlich sei, erblicken.

Für den Putativtitel wird von seinen Anhängern ferner angeführt[2]), daß die Redaktoren des ALR. geneigt waren, ihn als ausreichend für die Ersitzung zu erachten; mag dem aber auch so sein, so möchte ich mit Förster-Eccius[3]) und anderen annehmen, daß durch den Zusatz „an sich", der in

[1]) Dernburg, Bd. 1, § 174, S. 401.

[2]) Baron, S. 124; Simon und Strampff, S. 429 und 535.

[3]) Förster-Eccius, Bd. 3, § 177, S. 236; v. Rönne, Bd. 1, Nr. 4 zu § 579; Bornemann, Bd. 2, S. 180.

den Entwürfen nicht stand, die Rezeption jener Meinung für das Gesetz selbst abgelehnt worden ist.

Schließlich fordert man analog dem Römischen und gemeinem Recht auf Tatsachen gegründete Entschuldbarkeit der irrigen Annahme des Titels durch den Besitzer. Dafür finden sich aber durchaus keine Bestimmungen im ALR.; denn I. 7 §§ 12—14 handeln vom redlichen Besitz; daß aber der Putativtitel schrankenlos zugelassen sein sollte, behauptet wohl kaum jemand.

Faßt man nun das gewonnene Ergebnis zusammen und stellt es dem gemeinen Recht gegenüber, so ist zu konstatieren, daß der Titel im ALR. das kasuistische Gepräge, das ihm noch im gemeinen Recht anhaftet, verloren hat. Infolge der allgemeinen Fassung des Begriffes als Vorgänge, die an sich zur Erlangung des Eigentums geschickt sind, ergibt sich insbesondere für den Erwerb durch Übertragung die Abweichung, daß der Titel nicht grundsätzlich, wie im gemeinen Recht, sich als ein materielles Rechtsgeschäft darstellen muß, sondern auch insoweit abstrakt sein kann, als es der Erwerb durch Tradition selbst ist. Dagegen kennt das Landrecht den im Justinianischen und gemeinen Recht als Ausnahme zugelassenen Putativtitel nicht.

Wie das gemeine Recht, so hat auch das ALR. die außerordentliche Ersitzung Justinians übernommen. Für dieselbe ist kein Titel erforderlich, sondern, abgesehen vom guten Glauben, nur, daß der Besitzer den animus domini hat. I. 9 §§ 625—28.

§ 14.

Daß das ALR. für die Ersitzung auch guten Glauben fordert, kommt zum Ausdruck in den Worten: „Die Verjährung durch Besitz findet statt, wo jemand eine Sache . . . durch die in den Gesetzen bestimmte Frist, ruhig und redlicherweise besessen hat.“ Eine nähere Bestimmung dessen, was das ALR. unter redlicherweise besitzen versteht, finden wir aber bei den Vorschriften über die Verjährung nicht. Wir müssen also auf die allgemeinen Bestimmungen

des 7. Titels des 1. Teils zurückgehen. § 11 bestimmt: „Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer.“ Diesen allgemeinen Satz müssen wir für die Ersitzung präzisieren. Wir haben gesehen, daß die äußeren Vorgänge des Titels für die Ersitzung stets wirksam existieren müssen, und daß die Ungültigkeit des Titels bei der Ersitzung nur auf einer Eigenschaft der Sache beruht, die z. B. für den derivativen Erwerb darin besteht, daß sie nicht im Eigentum des Veräußerers stand. Um das Wissen oder Nichtwissen letzterer Tatsache muß es sich also beim guten Glauben handeln. Indem wir den Hauptfall des derivativen Erwerbs wiederum herausgreifen, lautet also speziell für die Ersitzung der zitierte Gesetzesparagraph: Wer es weiß, daß der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache (oder nicht zur Verfügung über sie berechtigt ist), der heißt ein unredlicher Besitzer. Oder positiv: Redlicher Besitzer ist derjenige, welcher nicht weiß, daß der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache ist. Der gute Glaube besteht also auch für das ALR. grundsätzlich in einem negativen Zustand des Bewußtseins, und zwar in der Unkenntnis von demjenigen Mangel des Titels, der den sofortigen Eigentumserwerb hindert[1]).

Das ALR. unterscheidet aber nicht lediglich redlichen und unredlichen Besitz, sondern es trennt den redlichen Besitz wiederum noch in absolut redlichen, relativ redlichen und unrechtfertigten Besitz.

§ 13. „Ein bloßer Irrtum in Tatsachen schadet der Redlichkeit des Besitzes nicht, sobald nur der Irrende nicht durch grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrtum geraten ist.“

§ 14. Wer aber aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitztitels irrt, heißt ein unrechtfertigter Besitzer und wird, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet.

---

[1]) Förster-Eccius, Bd. 3, § 177, S. 235.

Die Anwendung dieser allgemeinen Paragraphen auf die Ersitzung darf wohl nicht abgelehnt werden[1]). Danach ist festzustellen: Die Unwissenheit oder der Irrtum des Erwerbers in betreff des Nichteigentums des Veräußerers darf nicht auf grobem oder mäßig fahrlässigem faktischen Irrtum und auf keiner Art von Rechtswirkung beruhen. Wenn also der Erwerber aus ihm bekannten Umständen bei einiger Sorgfalt den Schluß ziehen mußte, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehörte oder ihm solche Umstände nur infolge Fahrlässigkeit unbekannt sind, soll er nicht die Vorteile des redlichen Besitzers genießen. Auch der Fall, daß der Erwerber sich eine positive Überzeugung gebildet hat, ist danach zu beurteilen, ob diese Überzeugung sich auf eine sorgfältige Prüfung der Sachlage gründet.

Zu betonen ist aber, daß Redlichkeit und Unredlichkeit grundsätzlich geschieden werden nach Nichtwissen und Wissen, daß jedoch nur demjenigen, dessen Redlichkeit vom objektiven Standpunkt aus zu billigen ist, die gewöhnlichen Vorteile derselben zuerkannt werden[2]).

Es ist zusammenfassend festzustellen, daß gegenüber dem Justinianischen und gemeinen Recht der Begriff der bona fides als eines negativen Zustandes des Bewußtseins keine Änderung erfahren hat, daß aber das ALR. dieser bona fides Wirksamkeit nur zuerkennt, wenn sie objektiv gerechtfertigt ist.

Was die bona fides in ihrem Verhältnis zur Ersitzungszeit betrifft, so hat auch das ALR. den Grundsatz des kanonischen Rechts mala fides superveniens nocet übernommen; § 579: „Wo jemand eine Sache . . . durch die in den Gesetzen bestimmte Frist, ruhig und redlicherweise besessen hat." Jedoch die strengen, soeben besprochenen Forderungen werden nur für den Zeitpunkt des Besitzerwerbs gestellt. § 16: „Dagegen verliert der, bei welchem erst nach schon erworbenem Besitz bloße Zweifel über die Recht-

[1]) Förster-Eccius, Bd. 3, § 177, S. 234; Dernburg, Bd. 1, § 174, S. 399; Bornemann, Bd. 2, S. 108.

[2]) Förster-Eccius, Bd. 3, § 163, S. 104, Anm. 18.

mäßigkeit desselben entstehen, dadurch noch nicht die Eigenschaften und die Rechte eines redlichen Besitzers.“ Es wird also nicht verlangt, daß der Besitzer auftauchenden Zweifeln nachgehe und sie sorgfältig untersuche. Demgemäß kann es auch nicht schaden, wenn jemand sich nachträglich eine irrige Ansicht bildet. Es kann vielmehr, wie im kanonischen Recht, die einmal vorhandene bona fides nur durch die positive Überzeugung, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war, zerstört werden[1]).

Gegenüber dem Römischen Recht ergibt sich, wie für das kanonische Recht, die Abweichung, daß auch der Erbe nicht in mala fide sein darf, wenn er die Ersitzung des Erblassers fortsetzen will. Daß ihm aber auch die mala fides des Erblassers nichts schadet, ist schon oben auseinandergesetzt. Eine ausdrückliche Bestimmung darüber findet sich in §§ 40 und 41, die bestimmen, daß jeder Rechtsnachfolger auch der Erbe in bezug auf die Redlichkeit nach seinem eigenen Bewußtsein beurteilt wird, nicht nach dem seines Vorgängers.

Da aber im ALR. ein so bedeutender Unterschied vorhanden ist zwischen der bona fides, die für den Besitzerwerb erforderlich ist und derjenigen, die für die ganze Dauer der Ersitzungszeit vorhanden sein muß, so ist hier die Frage von größerer Bedeutung, ob dem Rechtsnachfolger nur die Ersitzungszeit seines Vorgängers angerechnet wird, und er die Ersitzung an sich neu beginnt, seine bona fides im Moment des Erwerbs, also den strengen Anforderungen genügen muß oder ob er die Ersitzung nur fortsetzt. § 613 sagt nun in der Tat: „Jeder Nachfolger im Besitz kann die Verjährung seines Vorfahren fortsetzen, insofern er nur selbst ein redlicher Besitzer ist.“ Der erste Teil dieses Satzes spricht für unsere zweite Alternative, der zweite Teil für die erste Alternative, da ja auch der Rechtsnachfolger nicht redlicher Besitzer ist, wenn er den Besitz nicht redlich erworben

[1]) Förster-Eccius, Bd. 3, § 163, S. 104, Anm. 19; Dernburg, Bd. 1, § 176, S. 404.

hat, und ein Besitzerwerb immerhin auch beim Erben vorliegt. Man wird demgegenüber dem Ausdruck „die Ersitzung wird fortgesetzt“ kein Gewicht beilegen dürfen und sich also für die erste Alternative entscheiden[1]).

Was schließlich noch den Beweis des guten Glaubens nach ALR. betrifft, so bestimmt I. 7 § 18: „Die allgemeine Vermutung streitet für die Redlichkeit des Besitzes, außer in den ausdrücklich festgesetzten Ausnahmen.“ Die Beweislast trifft also auch nach ALR. wie nach Justinianischem und gemeinem Recht denjenigen, der gegen die Ersitzung ankämpft.

Sehr verbreitet ist die Ansicht, daß für die außerordentliche Verjährung auch für das ALR. im Gegensatz zur ordentlichen die bona fides durch unentschuldbaren und Rechtsirrtum nicht ausgeschlossen werde[2]). Jedoch kann diese Abweichung nur aus dem Zweck der außerordentlichen Ersitzung gefolgert werden, einen sonstigen positiven Grund gibt niemand dafür an.

Da für die außerordentliche Ersitzung ein Titel nicht erforderlich ist, so erweitert sich dadurch der Kreis der möglichen Mängel.

§ 15.

Das österreichische BGB. behandelt die Ersitzung unter dem Titel: „Von der Verjährung und Ersitzung.“ § 1460 lautet: „Zur Ersitzung . . . wird gefordert, daß jemand die Sache oder das Recht, die auf diese Art erworben werden sollen, wirklich besitze, daß sein Besitz rechtmäßig, redlich und echt sei und durch die ganze von dem Gesetze bestimmte Zeit fortgesetzt werde.“ In den folgenden Paragraphen erklärt das Gesetz, was unter den einzelnen Anforderungen, die an den Besitz gestellt werden, zu verstehen ist; doch ist auch auf die allgemeinen Bestimmungen über den Besitz zurückzugreifen.

[1]) Dernburg, Bd. 1, § 175, S. 402. Anderer Ansicht Koch, Anm. 7 zu § 613.

[2]) z. B. Dernburg, Bd. 1, § 177, S. 406.

Unter dem rechtmäßigen Besitz versteht es den titulierten Besitz. §§ 1461 und 316. In der Bestimmung des Titels schließt sich das Gesetz vollständig an das Römische Recht an. Es bezeichnet als Titel „Vorgänge, die, wenn das Eigentum dem Veräußerer gebührt hätte, zur Übernahme des Eigentums hinlänglich gewesen wäre", und führt als Beispiele materielle Veräußerungsgeschäfte an. Aus § 316 ist dann zu ergänzen, daß nicht nur derivative Erwerbsgründe geeignet sind rechtmäßigen Besitz zu begründen, sondern auch originäre[1]). Es ist danach der Titel für das österreichische BGB. in völliger Übereinstimmung mit dem Römischen Recht zu definieren als Vorgänge, die geeignet sind, den Eigentumserwerb zu rechtfertigen. Auch darin folgt das Gesetz dem Römischen Recht, daß es den Erben dem Erblasser völlig gleichsetzt und ihn daher keine Ersitzung beginnen läßt an Sachen, bezüglich derer der Erblasser keinen Ersitzungstitel gehabt hat. § 1462[2]).

Darin aber schließt das Gesetz sich an das ALR. an, daß es ohne Ausnahme einen titulus verus fordert, und den Putativtitel völlig ausschließt.

§ 16.

Demgemäß können wir, wie für das ALR., feststellen, daß der gute Glaube sich nur auf das mangelnde Recht des Veräußerers oder eine sonstige Eigenschaft der Sache beziehen kann. Das Gesetz drückt das Erfordernis des guten Glaubens dadurch aus, daß es bestimmt: „Der Besitz muß redlich sein." Wann aber der Besitz als redlich angesehen werden soll, sagt § 326: „Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer. Ein unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuten muß, daß die in seinem Besitz befindliche Sache einem anderen zugehöre. Aus Irrtum in Tatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen

[1]) Zrodlowski, S. 35.

[2]) Kirchstetter, S. 712; Zrodlowski, S. 36/37; Burckhard, S. 140, 142.

Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger und doch ein redlicher Besitzer sein.“ Für die Redlichkeit des Ersitzers erhalten wir demnach folgende Begriffsbestimmung: Wer aus wahrscheinlichen Gründen glaubt, daß der Veräußerer Eigentümer gewesen sei etc., ist ein redlicher Besitzer. Betrachten wir diese Definitionen ohne Rücksicht auf die Auslegung der österreichischen Rechtslehrer, so ist unzweifelhaft, daß das Gesetz unter der bona fides eine positive Überzeugung versteht, also von dem Ersitzer eine bewußte Redlichkeit fordert, und ferner daß ihm auch nicht das subjektive Vorhandensein derselben genügt, sondern daß es objektive Entschuldbarkeit der irrigen Überzeugung verlangt, indem der Ersitzer wahrscheinliche Gründe für sich haben muß[1]). Letzteres geht auch aus Satz 2 des § 326 hervor, der als unredlichen Besitzer denjenigen bezeichnet, der den Mangel kennt oder aus den Umständen vermuten muß. Sofort springt aber ins Auge, daß hiermit keine scharfe Teilung zwischen redlichem und unredlichem Besitz gemacht ist, sondern daß eine große Anzahl von Fällen weder zu dem einen noch zu dem anderen gerechnet werden können[2]). Das sind die Fälle, in denen dem Erwerber die Möglichkeit eines Mangels nicht in den Sinn gekommen ist, er also überhaupt keine Überzeugung darüber hat, und andererseits keine solchen Umstände vorliegen, aus denen er den Mangel hätte erkennen müssen.

Diese Unstimmigkeit ist die Ursache dafür, daß wir in der Literatur die entgegengesetztesten Ansichten über Begriff und Wesen der Redlichkeit des Besitzes finden. Nur ein Teil der Rechtslehrer[3]) spricht die Konsequenz des § 326, daß der gute Glaube eine positive Überzeugung darstelle, uneingeschränkt aus. Andere treffen keine klare Entscheidung darüber, was in dieser Hinsicht erforderlich sei. Trotz des § 326 bestimmen die bona fides als Abwesenheit eines unredlichen Bewußtseins Zrodlowski[4]) und Stubenrauch. Auch

[1]) v. Stubenrauch, Bd. 1, S. 407.
[2]) Pachmann, S. 93.
[3]) Randa, Bd. 1, § 13, S. 322; Kirchstetter, S. 186/187.
[4]) Zrodlowski, S. 12.

wird von vielen[1]) bestritten, daß für die Redlichkeit Objektivität erforderlich sei. Burckhard begründet diese Ansicht damit, daß in § 326 nur ausgedrückt sein solle, daß der sonst grundsätzlich ausgeschlossene Indizienbeweis hier gestattet sei. Er sagt: „Wahrscheinlich ist in § 326 gleich glaublich; nicht objektiv müssen aber die Gründe und ihre Konkludenz wahrscheinlich erscheinen, sondern dem Richter muß wahrscheinlich erscheinen, daß der Besitzer an sie glaubte." Daß diese Erklärung des § 326 Satz 1 nicht nur als höchst unwahrscheinlich, sondern direkt als falsch zu bezeichnen ist, bedarf wohl keiner Begründung. Zrodlowski[2]) will auf das Nichterforderlichsein der Objektivität daraus schließen, daß nach dem letzten Satze von § 326 jemand trotz Rechtsirrtums redlicher Besitzer sein könne, während das Gesetz in § 2 den allgemeinen Satz aufstellt, daß Rechtsirrtum schade; das sei nicht anders zu erklären, als daß eben im allgemeinen die Grundlage des Irrtums bedeutungslos sei. Ehe man aber deswegen die beiden ersten Sätze des § 326 ignoriert, muß man wohl annehmen, daß das Gesetz mit dem letzten Satze eine Ausnahme festsetzen wollte. Es ist also daran festzuhalten, daß nach österreichischem BGB. Objektivität ein Erfordernis der bona fides ist.

Auch das österreichische BGB. folgt dem Satze: mala fides super veniens nocet[3]). Aus den §§ 326, 1460 und 1493 geht mit Bestimmtheit hervor, daß die Redlichkeit des Besitzes nicht nur ein Erfordernis des Erwerbs, sondern der ganzen Dauer der Ersitzungsfrist sein soll. Dem österreichischen BGB. ist aber die Bestimmung des ALR., die für die letztere Erleichterung festsetzt, fremd, vielmehr werden auch an sie uneingeschränkt die Anforderungen des § 326 gestellt.

Daraus folgt, daß die Frage, ob bei Rechtsnachfolge in den Ersitzungsbesitz eine neue Ersitzung beginnt oder nur

---

[1]) Unger, Bd. 2, § 102, Nr. 20, S. 242; Zrodlowski, S. 13; Burckhard, S. 145.

[2]) Zrodlowski, S. 14.

[3]) Zrodlowski, S. 14/15; Kirchstetter, S. 714; Burckhard, S. 147.

die schon begonnene fortgesetzt wird, für uns nicht von Interesse ist, da die Anforderungen, die hinsichtlich der bona fides an den Rechtsnachfolger gestellt werden, doch die gleichen sind.

Jeder Rechtsnachfolger kann trotz der mala fides des Vorgängers eine neue Ersitzung beginnen (§ 1463), so auch der Erbe; jedoch muß in diesem Fall der Erblasser wenigstens rechtmäßigen Besitz gehabt haben (§ 1462).

Die Beweislast legt auch das österreichische BGB. dem Gegner des Ersitzers auf. § 328: „Im Zweifel ist die Vermutung für die Redlichkeit des Besitzes." Also trotz der positiven Fassung des Begriffes und des Erfordernisses der Objektivität ist der gute Glaube auch nach Österreichischem Recht ein negatives Erfordernis der Ersitzung.

§ 17.

Bevor wir zu dem geltenden Rechte des Deutschen Reiches kommen, ist noch die Stellung, die das sächsische BGB. hinsichtlich des guten Glaubens und des Titels einnimmt, zu besprechen[1]).

---

[1]) Erwähnt sei ferner der Code civil[2]). Derselbe kennt nur eine Ersitzung an Liegenschaften und fordert für dieselbe „bonne foie et juste titre". Art. 2265. Über die näheren Eigenschaften des guten Glaubens sind keine Bestimmungen getroffen. Der Ersitzende hat die Vermutung desselben für sich, dem Gegner liegt also der Beweis des bösen Glaubens ob. Art. 2268. Der gute Glaube braucht nur im Augenblicke der Erwerbung vorhanden sein. Art. 2269.

Als Titel ist nach Code civil ein solches Rechtsgeschäft anzusehen, das an sich geeignet ist, den Eigentumserwerb zu vermitteln. Dabei ist zu bemerken, daß nach Französischem Recht bei Übereignungsgeschäften die körperliche Übergabe nicht notwendig ist, sondern das Eigentum mit dem Abschluß des Vertrages übergeht. Der Titel darf nicht der Form nach nichtig sein. Art. 2267. Daraus, und da der Code civil sonst keine Bestimmungen enthält, wird man entnehmen müssen, daß ein Putativtitel nicht zugelassen ist. Die beweglichen Sachen bedürfen nach Code civil der Ersitzung nicht, da nach Art. 2279 bei ihnen der Besitz den Erwerbstitel ersetzt.

[2]) Zachariae-Crome, S. 603 ff.

Die Bestimmungen des sächsischen BGB. sind klar und geben zu Streitfragen keinen Anlaß. § 261: „Ist der redliche Ersitzer einer Sache zugleich rechtmäßiger Besitzer und hat er den Besitz auf fehlerfreie Weise erlangt, so erwirbt er das Eigentum, wenn er den Besitz drei Jahre fortgesetzt hat.“ Wie im ALR. und im österreichischen BGB. entspricht das Erfordernis der Rechtmäßigkeit des Besitzes dem Titel das Erfordernis der Redlichkeit dem guten Glauben. Nähere Bestimmungen über die Rechtmäßigkeit sind getroffen in § 268: „Als rechtmäßig gilt der Besitz, welcher infolge eines Rechtsgrundes erworben wurde, der geeignet gewesen wäre, Eigentum zu verschaffen, jedoch wegen eines im einzelnen Falle von Anfang an vorhandenen oder später eingetretenen Hindernisses die Eigentumserwerbung nicht zur Folge hat.“ Damit ist einmal gesagt, daß ein materieller Erwerbsgrund vorliegen muß[1]) und ferner, daß der Eigentumserwerb nicht eintritt, weil ein Hindernis besteht, das zwar an sich den Erwerbsgrund bestehen läßt, seine Wirksamkeit aber hindert[2]). Ein solches Hindernis haben wir, wie stets bisher, in dem Fehlen des Eigentums des Veräußerers oder einem entsprechenden Mangel zu suchen.

Die Vorgänge, welche den Rechtsgrund darstellen, müssen tatsächlich und wirksam bestehen; einen Putativtitel kennt das Gesetz im allgemeinen nicht. In § 269 ist nur gemäß dem Satze plus in re, quam in existimatione festgestellt, daß ein Irrtum über den wirklich vorhandenen Titel nicht schadet. Doch ist in § 271 eine Ausnahme gemacht[3]): Wer nämlich auf Grund eines putativen Erbrechts Erbschaftssachen in Besitz nimmt, kann sie ersitzen; doch liegt keine vollwirksame Ersitzung vor, da sie gegenüber dem Erben nicht geltend gemacht werden kann.

Das Erfordernis des Titels stimmt also für die Regel vollkommen mit dem österreichischen Recht überein. Auch darin folgt das Gesetz dem österreichischen Recht, daß es

[1]) Siebenhaar, zu § 268.
[2]) Sintems, S. 87/88.
[3]) Siebenhaar, zu § 271.

den Erben hinsichtlich des Titels vollständig in die Stellung des Erblassers einrücken läßt, so daß er also nur eine neue Ersitzung beginnen kann, wenn der Erblasser rechtmäßigen (wenn auch unredlichen) Besitz hatte, § 270[1]).

Der redliche Besitz ist im § 267 negativ definiert: „Der Besitz ist ein unredlicher, wenn dem Besitzer das seiner Eigentumserwerbung entgegenstehende Hindernis bei der Erwerbung des Besitzes bekannt war oder während der Ersitzungszeit bekannt wurde, oder wenn seine Unkenntnis des Hindernisses auf einem nicht entschuldbaren Irrtum beruht."

Redlicher Besitz ist demnach vorhanden, wenn dem Besitzer das entgegenstehende Hindernis unbekannt ist. Das sächsische BGB. ist also von der Verirrung des österreichischen BGB. wieder abgekommen und fordert kein positives Bewußtsein. Dagegen muß die Unkenntnis des Hindernisses objektiv gerechtfertigt erscheinen.

Auch von dem Satze mala fides super veniens nocet weicht das Gesetz nicht ab, und zwar sind die Anforderungen, die an die bona fides hinsichtlich ihrer Objektivität gestellt werden, für die ganze Besitzdauer dieselben, wie für den Besitzerwerb. Darin besteht also Übereinstimmung mit dem österreichischen BGB.

Bezüglich des Beweises besteht keine Abweichung vom bisherigen Recht. Der Ersitzer hat nur die Rechtmäßigkeit des Besitzes, also den Titel zu beweisen. § 272.

§ 18.

Den letzten großen Schritt hat die Entwicklung des Privatrechts im Deutschen Reiche mit der Einführung des BGB. getan, und gerade das Institut der Ersitzung ist aufs stärkste von ihm beeinflußt worden.

Großen Einfluß auf die Ersitzung hat der Umstand ausgeübt, daß das BGB. demjenigen, der eine Sache vom Nichteigentümer auf Grund von Einigung und Übergabe

[1]) Grützmann, Bd. 1, S. 362; Siebenhaar zu § 270.

erwirbt, sofort das Eigentum gibt, wenn er betreffs des Rechtes seines Vorgängers in guten Glauben war[1]). Durch diese Bestimmung hat die Ersitzung ihre Bedeutung eingebüßt, da von nun an der größte Teil der Fälle, in denen sie nach bisherigem Recht Platz griff, ihrer nicht mehr bedarf, sondern unter die Bestimmungen des § 932 vom gutgläubigen Eigentumserwerb fällt.

Dafür erweiterte man andererseits den Wirkungskreis der Ersitzung dadurch, daß man für jeden Fall ohne Ausnahme von dem Erfordernis eines Titels absah. § 937: „Wer eine Sache 10 Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigentum."

Das BGB. hat sich also von der festgewurzelten Unterscheidung von ordentlicher und außerordentlicher Ersitzung freigemacht. Ein Rudiment des Titels kann darin gesehen werden, daß der Besitz des Ersitzenden Eigenbesitz sein muß, d. h. daß er die Sache als ihm gehörig besitzen muß. Der Kommission für die zweite Lesung[2]) lag ein Antrag vor, das Erfordernis des Eigenbesitzes zu einem negativen zu machen, so daß also der Gegner den Fremdbesitz beweisen müßte, und zwar mit der Begründung, „daß sonst die Abschaffung des Titels illusorisch sei, da ja doch der Ersitzer beim Beweise des Eigenbesitzes auf seinen Titel werde zurückgehen müssen".

Demgegenüber hat aber die Kommission daran festgehalten, daß der Eigenbesitz vom Ersitzer zu beweisen sei. Die Ansicht Dernburgs[3]), der trotzdem behauptet, daß der Ersitzer nur den Besitz nachweisen müsse, und der Eigenbesitz alsdann vermutet werde, erscheint danach unrichtig[4]);

---

[1]) Den ersten Vorläufer hat das BGB. dafür im Codex Theresianus gehabt, welcher dem unverdächtigen Erwerber einer Fahrnis das Eigentum gibt, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Über die Entwicklung und Fortentwicklung dieses Instituts siehe die beiden angeführten Schriften von Wellspacher.

[2]) Protokolle, 3. Buch, Bd. 1, S. 3741.

[3]) Dernburg, Sachenrecht, auch Windscheid, S. 937.

[4]) So Cosack, Bd. 2, § 209, S. 145.

andererseits aber ist es offenbar nicht nötig, daß der Ersitzer beim Beweise des Eigenbesitzes auf seinen Titel zurückgeht, es werden vielmehr zum Beweise solche Tatsachen genügen, die den Willen des Besitzers, über die Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, erkennen lassen[1]). Es ist also festzustellen, daß auch nicht indirekt das Erfordernis eines Titels für die Ersitzung mehr besteht[2]).

§ 19.

Die Ersitzung tritt also ein, wenn der Erwerber einer Sache in gutem Glauben ist, oder vielmehr: „die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist, oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht". § 937 Absatz 2. Dieser Satz zeigt sofort, daß auch das BGB. unterscheidet zwischen dem guten Glauben, der beim Besitzerwerbe vorhanden sein muß, und demjenigen, der die ganze Ersitzungsfrist hindurch andauern muß. Während das Gesetz den Tatbestand, der die mala fides superveniens bildet, ausdrücklich angibt („oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht"), gibt es keine Begriffsbestimmung des guten Glaubens, der beim Besitzerwerb erforderlich ist, sondern begnügt sich mit der Nennung des allgemeinen Ausdrucks.

Es ist daher nachzuforschen, ob in einem anderen Paragraphen eine für die Ersitzung anwendbare Begriffsbestimmung gegeben ist. Dafür kommt nur § 932 Absatz 2 in Betracht, der den guten Glauben für den sofortigen Erwerb vom Nichteigentümer definiert. Er ist negativ gefaßt und

[1]) Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 872.

[2]) § 932 BGB. hingegen fordert für den sofortigen Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens, daß der Erwerber die Sache auf Grund von Einigung und Übergabe erhält. Die Einigung wird allerdings gewöhnlich nur eine äußerliche sein, da der veräußernde Nichteigentümer nicht die Absicht haben kann, Eigentum zu übertragen, es sei denn, daß er selbst glaubt, das Eigentum zu haben. Immerhin fordert aber auch § 932 nicht den Nachweis eines materiellen Erwerbsgeschäfts.

lautet: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.“ Man ist sich vollkommen darüber einig[1]), daß zwar die Prinzipien, die diesem Satze zugrunde liegen, auch für den guten Glauben bei der Ersitzung gelten müssen, daß aber die unveränderte Übertragung der Definition des guten Glaubens in § 932 auf die Ersitzung unmöglich ist; denn dadurch würde ja die Ersitzung beschränkt auf den Erwerb durch Übertragung, andererseits aber würde trotz Kenntnis von der Verfügungsunfähigkeit des veräußernden Eigentümers die Ersitzung nicht ausgeschlossen sein, was der Billigkeit durchaus zuwiderlaufen würde.

Sucht man nun eine geeignete Begriffsbestimmung zu finden, so ist zu beachten, daß bisher bei der Feststellung der bona fides stets gewisse Schranken gezogen waren, da infolge des Erfordernisses des Titels gewisse Vorgänge in Wirklichkeit existieren mußten, bezüglich deren natürlich der böse oder gute Glaube des Erwerbers nicht von Bedeutung war, und kein Grund vorlag, das für die ordentliche Ersitzung gewonnene Resultat in allgemeinere Form gekleidet nicht auf die außerordentliche, titellose anzuwenden. Diese Richtschnur ist nun fortgefallen, und es ergibt sich daraus für das BGB. die Notwendigkeit einer etwas allgemeineren Begriffsbestimmung. Es wird daher gut sein, von vornherein in Betracht zu ziehen, daß nach BGB. eine gewisse Objektivität des guten Glaubens erforderlich ist[2]). Denn § 932 Absatz 2 setzt der Kenntnis von dem Nichteigentum des Veräußerers die grobfahrlässige Unkenntnis gleich, und § 881 Absatz 2 des ersten Entwurfs sprach die Forderung der Objektivität für die Ersitzung aus, indem nach ihm die Ersitzung ausgeschlossen sein sollte, wenn dem Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß er das Eigentum nicht erwerbe. Ebenso

[1]) Stahmer, S. 51.
[2]) Stahmer, S. 53.

werden wir ferner aus § 932 Absatz 2 BGB. und § 881 Absatz 2 des Entwurfs schließen können, daß auch nach dem BGB. der gute Glaube grundsätzlich einen negativen Zustand des Bewußtseins darstellt[1]); denn § 932 Absatz 2 sagt: „Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt ist . . .," also ist er im guten Glauben, wenn ihm unbekannt ist . . . ., und § 881 Absatz 2 lautete: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen (also guter Glaube ist nicht vorhanden), wenn dem Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß er das Eigentum nicht erwerbe." Aus der Umkehrung ergibt sich das gleiche Resultat wie oben.

Man wird nun aber nicht ungeprüft die Definition des Entwurfes annehmen dürfen, wie es die meisten tun[2]). Es ist vielmehr auch wahrscheinlich, daß die Kommission nicht nur deswegen auf die Analogie verwies, weil ihr die nochmalige Bestimmung des guten Glaubens überflüssig schien, sondern weil der § 881 Absatz 2 des Entwurfs nicht allen Anforderungen genügte, und man es daher für treffender hielt, auf die Analogie zu verweisen.

Um nun den Begriff des guten Glaubens für § 937 Absatz 2 analog dem des § 932 Absatz 2 zu bestimmen, werden folgende Erwägungen anzustellen sein. Es muß sich verhalten der gute Glaube nach § 937 zu dem in § 937 vorausgesetzten Tatbestande, wie der gute Glaube nach § 932, zu dem im § 932 vorausgesetzten Tatbestande. Wir haben also eine einfache Gleichung zu lösen, die eine unbekannte und drei bekannte Größen enthält. Zuerst sind die bekannten Größen festzulegen, insbesondere das Verhältnis des guten Glaubens des § 932 zu dem entsprechenden Tatbestande. Tatbestand des § 932 ist: Es erwirbt jemand eine Sache vom Nichteigentümer, die Vorschriften des § 929 den Eigentumsübergang betreffend, greifen also nicht Platz.

[1]) Stahmer, S. 50.

[2]) So Staudinger, Nr. 2 zu § 937; Planck, Nr. 2b α zu § 937; Männer, § 25, 2 S. 201 u. a.

Trotzdem wird er Eigentümer, wenn er im guten Glauben ist. Der gute Glaube aber stellt sich dar, als die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist, bezieht sich also speziell auf den Mangel, der den Eigentumsübergang hindert. Tatbestand des § 937 aber ist, daß jemand eine Sache in Eigenbesitz nimmt, also in der Absicht, sie als eigene zu besitzen. Das Eigentum selbst aber erwirbt er nicht; denn dann brauchte die Ersitzung nicht erst einzutreten. Es muß also stets ein Mangel vorliegen, als solcher aber ist jeder Mangel denkbar, der bewirkt, daß die Besitznahme keinen Eigentumserwerb zur Folge hat. Auf diesen Mangel wird sich nun der gute Glaube beziehen müssen, wenn wir anders die Analogie des § 932 anwenden wollen. Und zwar wird er sich nach dem oben auseinandergesetzten darstellen als die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis dieses Mangels. Es scheint aber doch erforderlich, einen Ausdruck zu finden, der alle möglichen Mängel des Erwerbsaktes einschließt, und da wird man allerdings, in starker Anlehnung an den Entwurf, den guten Glauben bestimmen, als die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des Besitzers, daß er das Eigentum nicht erwerbe, oder daß es ihm nicht zustehe.

Gehen wir nun näher auf das Erfordernis der Objektivität ein[1]), so hat der Ersitzer nur grobe Fahrlässigkeit zu vermeiden, sein guter Glaube wird also nicht anerkannt, wenn ihm bei einem geringen Maße von Sorgfalt die Tatsachen bekannt sein mußten, die seinem Eigentumserwerb entgegenstanden. Darin ist jedoch keine allgemeine Erkundigungspflicht zu sehen, wie verschiedentlich behauptet wird[2]). Eine solche kann im Einzelfalle vorliegen, besonders wenn dem Erwerber Zweifel gekommen sind oder Zweifel hätten kommen müssen. Als allgemeiner Grundsatz darf sie nicht ausgesprochen werden. Sie ist völlig widersinnig in Fällen, in

[1]) Stahmer, S. 53.
[2]) Crome, Bd. 3, § 405, S. 353.

denen der Ersitzer überhaupt glaubt, schon Eigentümer zu sein, z. B. der Erbe nimmt Sachen, die der Erblasser in Fremdbesitz hatte, in Eigenbesitz. Wie das BGB. allgemein für den Rechtsirrtum keine besonderen Grundsätze aufstellt, so steht auch für den guten Glauben die Unkenntnis von Rechtssätzen der Kenntnis nur gleich, wenn sie auf grober Fahrlässigkeit beruht. Die durch die irrtümliche Auslegung des Römischen Rechts in das ALR. gekommene Bestimmung, daß Rechtsirrtum stets schade, ist also beseitigt.

Das BGB. hält darin die Mitte zwischen dem Römischen Recht und dem ALR. Im Römischen Recht ist die bona fides rein subjektives Erfordernis, dem Ersitzer wird die Beobachtung keiner Sorgfalt auferlegt, im ALR. dagegen wird ein gewöhnliches Maß von Sorgfalt gefordert. Und schon demjenigen, dem ein mäßiges Versehen zur Last fällt, die Ersitzung versagt. Hervorzuheben ist aber, daß der gute Glaube in seinem Grundzuge als einem subjektiven in einem negativen Zustande des Bewußtseins sich darstellenden Erfordernis keine Wandlung erlitten hat.

Wie schon oben erwähnt, ist auch nach BGB. die bona fides nicht nur Erfordernis des Besitzerwerbs, sondern sie muß die ganze Ersitzungsfrist hindurch vorhanden sein: „Die Ersitzung ist ausgeschlossen, . . . wenn der Erwerber später erfährt, daß das Eigentum ihm nicht zusteht.“ Wie im ALR. und gemeinen Recht schadet also nur die positive Kenntnis[1]). Der Kommission für die zweite Lesung[2]) lag der Antrag vor, auch hier die grobfahrlässige Unkenntnis gleichzustellen, doch wurde er abgelehnt mit der Begründung, daß diese Vorschrift die Ersitzung unbilligerweise erschweren würde. Die Kommission sprach ferner die Ansicht aus, daß, wenn jemand absichtlich unterläßt, sich die volle Kenntnis zu verschaffen, dolus eventualis vorliegen könne. Dem ist zuzustimmen.

Betreffs der Rechtsnachfolge ist nun, wie für das ALR., infolge des Unterschiedes zwischen dem guten Glauben des

[1]) Crome, Bd. 3, § 105, S. 352.

[2]) Protokolle, S. 3748.

Besitzerwerbs und dem des Besitzzustandes die Frage zu erörtern, ob der Rechtsnachfolger die vom Vormanne angefangene Ersitzung fortsetzt oder ob er eine neue beginnt, und ihm nur die zu Gunsten des Rechtsvorgängers verstrichene Zeit angerechnet wird. § 943 sagt: „Gelangt die Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zustatten." Als Rechtsnachfolge im Sinne dieses Paragraphen ist auch die Universalsuccession anzusehen. Dernburg[1]) will unter Rechtsnachfolge nur die Sondernachfolge verstehen, doch steht er mit dieser völlig unbegründeten Ansicht allein. Aus § 943 wäre also zu schließen, daß nur eine Anrechnung der Zeit stattfinden soll. Das ist auch die herrschende Ansicht[2]). Jedoch steht damit nicht im Einklang, daß nach § 857 der Besitz des Erblassers mit dem Erbfalle auf den Erben übergeht (§ 1922). In diesem Augenblick wird der Erbe meist gar keine Kenntnis von der Sache haben. Will man aber einen anderen Zeitpunkt an die Stelle des Besitzerwerbs setzen, etwa den, in welchem dem Erben dies für den betreffenden Gegenstand ins Bewußtsein tritt, so kann das im konkreten Falle leicht zu Unbilligkeiten führen. Wie z. B., wenn die Ersitzungsfrist unterdessen abgelaufen ist, soll dann die vollendete Ersitzung wieder rückgängig gemacht werden? Die Motive zu § 882 des I. Entwurfs[3]), dessen Wortlaut von dem des § 943 BGB. nur unbedeutend abweicht, drücken nun auch die Ansicht aus, daß „die Ersitzungslage, wenn auch kein erworbenes Recht, doch eine Rechtsposition sei, die ebenso, wie das Eigentum, im Wege der Singular- und Universalsuccession übertragen werde". Danach scheint also die Successio in usucapionem gewollt zu sein[4]). Es wird vielleicht ein Mittelweg einzuschlagen sein, indem man sich für die Singular-

[1]) Dernburg, § 106, S. 316.

[2]) Cosack, Bd. 3, § 209, S. 146; Buhl, S. 68; Planck, zu § 943; Staudinger, zu § 943.

[3]) Motive, Bd. 3, S. 353.

[4]) Männer, § 25, S. 202.

succession an den Wortlaut des § 943 hält und fordert, daß der Rechtsnachfolger bei seinem Besitzerwerbe demjenigen gleich behandelt werde, der die Ersitzung neu beginnt, während für die Universalsuccession infolge des von einer Handlung des Erben unabhängigen Besitzüberganges die Successio in usucapionem anzunehmen ist[1]), so daß also theoretisch Übereinstimmung mit dem Römischen Recht herrscht.

Man darf aber trotz § 857 nicht so weit in der Analogie mit dem Römischen Recht gehen, daß man dem Erben auch den Beginn einer neuen Ersitzung nicht gestattet, wenn der Erblasser Fremdbesitz hatte. So Dernburg[2]). Dieser beruft sich auf Strohal. Derselbe sagt aber über den Eigenbesitz[3]): „Fehlt dem Besitz des Erblassers diese Eigenschaft, so fehlt sie auch dem Besitz des Erben, solange dieser nicht die Voraussetzungen des Eigenbesitzes in seiner Person selbständig verwirklicht." Dies ist aber sofort der Fall, wenn dem Erben der Besitz der Sache zu Bewußtsein kommt, ohne daß er zugleich erkennt, daß sie nicht dem Erblasser gehörte; denn dann nimmt er an, sie gehöre zur Erbschaft und betrachtet sie als ihm gehörig[4]). Dernburg wird also durch seinen eigenen Gewährsmann widerlegt. Es stimmt vielmehr das BGB. in dieser Hinsicht mit dem ALR. überein und weicht vom gemeinen und Römischen Recht ab.

Hinsichtlich der Beweislast liegt nach BGB. kein Zweifel vor. Während § 937 Absatz 1 die Regel aufstellt, daß, wer eine Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, sie ersitzt, ist im 2. Absatz davon eine Ausnahme gemacht für den Fall, daß der Besitzer nicht in gutem Glauben ist. Diese Tatsache hat nach den allgemein anerkannten Beweisregeln der Gegner des Ersitzers zu beweisen. Es ist also bezüglich der Beweislast keine Änderung gegen die früheren Rechte zu konstatieren.

[1]) So Crome, Bd. 3, § 405, S. 349/50; Kuhlenbeck, S. 531.
[2]) Dernburg, § 106, S. 316.
[3]) Strohal, Bd. 2, § 63, S. 77.
[4]) Buhl, S. 68.

§ 20.

Zum Schluß sei nun noch ein kurzer Überblick über die gesamte Rechtsentwicklung getan. Sobald im Römischen Recht das Institut der Ersitzung nicht mehr bloß die Ergänzung eines formellen Mangels herbeizuführen hat, sondern ihren Charakter als materielle Eigentumserwerbsart gewonnen hat, treten, wenigstens größter Wahrscheinlichkeit nach, als Erfordernisse Titel und guter Glaube auf. Der Titel bildet sich zunächst kasuistisch in engster Anlehnung an die Erwerbsgründe des Eigentums aus. Er besteht in Vorgängen, die geeignet sind, den Erwerb des Eigentums wirtschaftlich zu rechtfertigen. Auf diesem Standpunkte bleibt er auch stehen, als bei einem Teil der Eigentumserwerbsakte die wirtschaftliche Seite in den Hintergrund tritt. So finden wir ihn im Justinianischen Recht, und so ist er übergegangen ins gemeine Recht, ins österreichische und ins sächsische BGB. Dazwischen weicht nur das ALR. ab, indem es den Titel völlig gleichstellt mit den Vorgängen, die an sich geeignet sind, Eigentum zu verschaffen. In dieser Hinsicht haben also keine bedeutenden Schwankungen stattgefunden. Dagegen ist schon in sehr früher Zeit, im ersten Jahrhundert nach Christi Geburt, die abweichende Meinung aufgetreten, daß jene Vorgänge nicht tatsächlich vorhanden oder nicht rechtlich wirksam sein brauchten, wenn nur der Ersitzer daran glaubte und dieser Irrtum objektiv entschuldbar wäre. Rechtliche Geltung hat diese Ansicht unbeschränkt nur im zweiten Jahrhundert unserer Zeitrechnung gehabt. Nachdem sie dann eine Zeitlang gänzlich verworfen worden war, erlangte sie mit Justinian wieder eine beschränkte Anerkennung in der Form der Ausnahme. Diesen Charakter behält dieser sogenannte Putativtitel auch im gemeinen Recht. Die neueren Partikularrechte, ALR., österreichisches und sächsisches BGB., kehren wieder zur ausnahmslosen Forderung des titulus verus zurück. Ferner ist seit Justinian in allen Rechten nicht mehr ausnahmslos zu jeder Ersitzung ein Titel erforderlich gewesen, sondern bei längerer Frist war von ihm abgesehen worden. Das BGB. aber kennt nur noch die titellose Ersitzung.

Der gute Glaube stellt sich im ganzen Römischen Recht unverändert dar als ein subjektives Erfordernis, in der Regel bestehend in einer Unkenntnis, einem Nichtwissen, das seine Richtung hat auf den Mangel des Erwerbsaktes, des Titels. Allgemein gefaßt, um Ausnahmefälle zu umfassen, ist die bona fides die Abwesenheit des Bewußtseins, mit dem Erwerb eine Unredlichkeit zu begehen. Eine objektive Rechtfertigung dieses rein subjektiven Empfindens ist nicht erforderlich. Für das gemeine Recht ist an dieser Begriffsbestimmung festzuhalten, wenn sie auch vielfach verkannt wurde. Was die sonstige Rechtsentwicklung anbetrifft, so ist ganz unverändert die Richtung der bona fides auf den oder die Mängel des Erwerbsaktes geblieben; auch davon, daß sie sich grundsätzlich in einem negativen Zustand des Bewußtseins dokumentiert, ist nur das österreichische BGB. abgewichen, das eine positive Überzeugung fordert. Das Erfordernis der Objektivität ist vom ALR. aufgestellt worden und seither nicht mehr verschwunden. Nur der Grad hat gewechselt. Während das ALR. schon dem guten Glauben die Wirksamkeit versagt, wenn der Mangel des Erwerbsaktes bei mäßiger Sorgfalt erkannt werden mußte, und das österreichische und sächsische BGB. ungefähr auf demselben Standpunkte stehen, fordert das BGB. nur die Wahrung einer geringen Sorgfalt.

Für das Römische Recht ist die bona fides nur ein Erfordernis des Besitzerwerbs (mit unbedeutenden Abweichungen). Das kanonische Recht aber stellt den Satz auf: mala fides superveniens nocet. Und darin sind ihm seitdem alle Rechte gefolgt. Verschiedentlich aber sind an den nachfolgenden guten Glauben nicht dieselben Anforderungen gestellt worden wie an denjenigen des Besitzerwerbs. Schon für das kanonische und gemeine Recht ergab sich, daß nachfolgende Zweifel noch milder zu beurteilen waren wie solche, die beim Besitzerwerb vorhanden sind, so daß nur die positive Überzeugung des Besitzers, daß die Sache ihm nicht zustehe, mala fides darstellt. Und auf dem gleichen Standpunkte stehen das ALR. und BGB., obgleich sie doch sonst für die

bona fides Objektivität fordern. Dem österreichischen und sächsischen BGB. dagegen sind solche Abweichungen fremd.

Übereinstimmend in allen Rechten bildet der gute Glaube ein negatives Erfordernis der Ersitzung und ist demgemäß nicht vom Ersitzer zu beweisen, sondern der Gegner desselben hat das Nichtvorhandensein darzutun.

Verfolgen wir nun noch einmal die Schwankungen beider Erfordernisse gemeinsam, die gesamte Rechtsentwicklung hindurch, indem wir das Augenmerk darauf richten, ob allgemein eine Erschwerung oder Erleichterung eintritt, so können wir feststellen, daß die erste Schwankung, die unbeschränkte Zulassung des Putativtitels im 2. Jahrhundert nach Christus eine bedeutende Erleichterung darstellt. Von da an aber weist die Entwicklung durch einen großen Zeitraum hindurch ausschließlich eine erschwerende Tendenz auf, die im österreichischen BGB. ihren Höhepunkt erreicht. Zunächst wird die eingetretene Erleichterung fast vollständig wieder rückgängig gemacht im Justinianischen Recht, in dem der Putativtitel nur als Ausnahme bestehen bleibt. Dann fordert das kanonische Recht bona fides die ganze Ersitzungszeit hindurch. Das ALR. beseitigt den Putativtitel vollständig und erkennt den guten Glauben nur an, wenn er objektiv gerechtfertigt erscheint; letzteres jedoch gilt nur für den Augenblick des Besitzerwerbs. Das österreichische BGB. aber beseitigt diese Erleichterung und fordert sogar eine positive Überzeugung als bona fides. Dieser Standpunkt aber wird von der Rechtsentwicklung nicht lange festgehalten. Das sächsische BGB. allerdings kehrt nur dazu zurück, daß der gute Glaube sich als ein negativer Zustand des Bewußtseins darstellt. Die bedeutendsten Erleichterungen aber trifft das BGB., indem es von einem Titel vollständig absieht und betreffs des guten Glaubens ungefähr auf dem Standpunkt des ALR. zurückkehrt, den Grad der dort erforderten Objektivität aber bedeutend herabmindert. Damit ist die Rechtsentwicklung für unsere Zeit abgeschlossen.

Lebenslauf.

Am 2. April 1888 bin ich, Friedrich Fischer, in Breslau geboren. Ich bin der Sohn des Kaufmanns Adolf Fischer und seiner Ehefrau Helene geb. Stanke. Ich bin Preuße und evangelischer Konfession.

Meine Schulbildung habe ich auf dem Königlichen Friedrichs-Gymnasium zu Breslau erhalten, an dem ich Ostern 1907 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte zunächst ein Semester Mathematik und Naturwissenschaften an der Universität Breslau und sodann sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Breslau und Freiburg in Baden.

Am 1. Dezember 1910 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 5. Februar 1911 vor der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 16. Dezember 1910 bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Löwenberg i. Schles. im Vorbereitungsdienste beschäftigt.